

TRANSFUGUISMO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS. ¿PUEDE, Y DEBE, EL DERECHO SANCIONAR LA DESLEALTAD POLÍTICA?

ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS

I. LA CRISIS DEL MANDATO REPRESENTATIVO. DEL TRÁNSFUGA AL VERSO LIBRE.—II. NO ADSCRITOS Y TRÁNSFUGAS: DOS CONCEPTOS NO ASIMILABLES.—III. ¿QUÉ DERECHOS PUEDEN SER LIMITADOS AL NO ADSCRITO, SEA O NO TRÁNSFUGA?—IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 73.3 LBRL.—V. TRANSFUGUISMO Y PROPIEDAD DEL ESCAÑO.—VI. LA DESPOSESIÓN DEL CARGO POR TRANSFUGUISMO.—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿PUEDE, Y DEBE, EL DERECHO SANCIONAR LA DESLEALTAD POLÍTICA? PARTIDOS POLÍTICOS Y REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA CRISIS DEL MANDATO REPRESENTATIVO. DEL TRÁNSFUGA AL VERSO LIBRE

Cuando se aborda el estudio de alguna cuestión relativa al mandato representativo es habitual poner de manifiesto la crisis en la que está sumida esta institución. La teoría clásica del mandato representativo tiene difícil encaje en la llamada democracia de partidos y con un sistema de listas cerradas y bloqueadas como el nuestro. El propio Tribunal Constitucional es consciente de esta realidad. Si, por un lado, afirma, en la STC 5/1983, de 4 de febrero, que «el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores», por otro, reconoce el papel que juegan los partidos políticos, al señalar en la STC 32/1985, de 6 de marzo, que «la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal

pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes». La jurisprudencia constitucional, se ha dicho, favorece el transfuguismo (1). En nuestro sistema actual de listas cerradas y bloqueadas y de absoluta y férrea disciplina de partido (2), la ciudadanía se pregunta a quién pertenece el escaño, si al electo, al partido político o a la lista. El electorado se inclina por unas siglas y, en todo caso, por un líder, pero no por unas personas que, en la mayoría de las ocasiones, no ha visto en su vida y cuyo nombre ni recuerda. Es difícil explicar al electorado que un concejal conserve su cargo tras alinearse con la oposición en una moción de censura derrocando al alcalde. Lo advertía Kelsen en 1920: «en los casos de sistema electoral por listas [...] los electores no designan al diputado por su persona, sino que su voto más bien significa un acto de adhesión a un partido político determinado, de manera que el candidato obtiene su representación sólo en virtud de su filiación al partido del elector, siendo lógico que el diputado pierda su mandato tan pronto deje de permanecer al partido que le ha enviado al Parlamento» (3). No nos encontramos, dirá Jorge de Esteban, ante un mandato representativo sino ante un mandato ideológico que «considera que los parlamentarios han sido elegidos por pertenecer a un partido y, por tanto, deben ser consecuentes con esa afiliación» (4). Existe un divorcio entre realidad política y realidad jurídica y, como afirma De Vega, «en el supuesto de confrontación entre diputado y partido es evidente que la lógica de la democracia partidista y del principio de proporcionalidad, tienen que ceder por obligación a la lógica del principio clásico de representación, por ser el único constitucionalmente regulado» (5).

Este debate surge cada vez que salta a los medios de comunicación un caso de transfuguismo político. Estos casos comportan reacciones que refuerzan la autoridad y presencia de los partidos políticos en la vida pública. Con ocasión

(1) DE ESTEBAN, Jorge (1990): 25. Sin embargo, el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 40/2002 advertía que dicha afirmación no era exacta «pues la visión sistemática de la jurisprudencia constitucional evidencia que el Tribunal Constitucional no ignora la mutación del mandato representativo clásico operada en la propia Constitución y la normativa de ella derivada, en tanto que atribuyen a los partidos políticos la condición de pieza nuclear y estructurante, sin la cual no es concebible el sistema de representación política constitucionalmente diseñado». *Vide* también Dictamen 593/2009.

(2) De férrea disciplina castrense la calificaba ya en 1982 TORRES DEL MORAL, Antonio (1982): 17.

(3) KELSEN, Hans (1934): 69.

(4) DE ESTEBAN, Jorge (1990): 20.

(5) DE VEGA, Pedro (1985): 41.

del caso de Tamayo y Sáez, Rubio Llorente, tras observar lo sucedido en los últimos años, afirmaba de forma un tanto resignada que el esfuerzo por lograr que la estructura real de la representación se acomodara a la teoría clásica de la misma, «liberándola del abrazo asfixiante de los partidos [...], parece ya hoy sin embargo ilusorio y vano» siendo «inútil seguir luchando por ajustar la realidad a una idea que no tiene soporte alguno en la conciencia social; que no es creencia, sino puro diseño teórico» (6). En la misma línea, advertirá Chueca que «en el Estado democrático la elección no es la constitución de una relación de confianza entre dos individuos. Antes bien, expresa la confianza del elector en unos sujetos colectivos constitucionalmente reconocidos y respaldados en sus funciones: los partidos políticos» (7).

En la actualidad, debido en gran parte a la grave crisis social, económica y política por la que atraviesa este país, el escenario puede estar cambiando. Las encuestas muestran una gran desafección de parte de la ciudadanía hacia los partidos y cargos políticos que arrastra a las instituciones democráticas («no nos representáis»). En este contexto se critica por la ciudadanía que medidas tan trascendentales como las que se han adoptado para hacer frente a la crisis hayan sido apoyadas por los grupos parlamentarios o municipales que dan o han dado soporte al gobierno estatal, autonómico o municipal de forma monolítica, sin fisuras, merced todo ello a un férreo control del partido sobre el cargo. En estos momentos sería bien visto el cargo representativo que votara en conciencia rompiendo con dicha disciplina. A esos cargos representativos, si los hubiera, no se les vería como tráfugas, concepto claramente peyorativo, sino como *versos libres*, y en cambio, no dejarían de ser tráfugas tal como lo ha entendido la doctrina mayoritaria. En nuestro sistema, los *versos libres*, que pueden llegar a convertirse en tráfugas éticos, son una *rara avis* pues se saben condenados al ostracismo político. La experiencia nos muestra que en la mayoría de los casos, cuando el cargo se aparta de las directrices del partido, no lo hace movido por motivos de conciencia sino por oscuras y espurias razones. Es en estos casos cuando se puede hablar de transfuguismo y de traición al electorado y al partido.

En estos momentos todo se pone en entredicho y se ataca en la línea de flotación los postulados del mandato ideológico. Los partidos políticos han intentado minimizar al máximo la relación elector-electo y han maximizado la de elector-partido político y electo-partido político. Hoy se quiere recuperar la relación primigenia y dejar en segundo plano las otras dos. Movimiento pendular,

(6) RUBIO LLORENTE, Francisco (2003).

(7) CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (1988): 42.

olas y contraolas, flujos y reflujos, como queramos llamarle. Pero como se ha dicho siempre, no es bueno legislar en caliente. Los cambios normativos exigen un período de maduración y reflexión. Por otra parte, tampoco la anomalía o patología, que se produce, además, en contadas ocasiones, puede convertirse en la piedra angular de los cambios normativos.

II. NO ADSCRITOS Y TRÁNSFUGAS: DOS CONCEPTOS NO ASIMILABLES

La figura del concejal no adscrito fue creada para hacer frente a la patología del transfuguismo. De acuerdo con el artículo 73.3 LBRL se adquiere la condición de no adscrito cuando el concejal no se integra o abandona en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fue elegido, o abandona la formación política bajo cuyas siglas se presentó a las elecciones. La redacción de este precepto es confusa e incompleta, como tendremos ocasión de ver (8). Hace referencia exclusivamente a una razón objetiva y aséptica, como es el lugar político en que se ubica un concejal, sin referencia alguna al elemento subjetivo que, en mi opinión, es el determinante en el transfuguismo: la motivación de esa ubicación y, en concreto, la deslealtad política. En este sentido define Tomas Mallén desde una perspectiva objetiva el transfuguismo como «ubicarse voluntariamente en una posición representativa distinta de la pretendida por el partido o formación en cuyas listas se presentó ante los electores» (9); pero incluye elementos subjetivos entre los elementos o presupuestos de este fenómeno, entendiendo por tales «los motivos que conducen a los representantes a llevar a cabo cualquiera de las actuaciones [...] transfugistas» (10).

Es un fenómeno que, tal como advierte el Consejo Consultivo de Andalucía, «difícilmente admite simplificaciones» (11). En honor a la verdad, hay que decir que los casos de transfuguismo se dan en pocas ocasiones aunque adquieren gran notoriedad pública. Para poner fin a esta patología, los principales partidos políticos suscribieron el 7 de julio de 1998 el Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales,

(8) Los tribunales se han encargado de clarificar los distintos supuestos. *Vide* SSTSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2006, 12 de diciembre de 2006, 20 de diciembre de 2007, 28 de diciembre de 2007, 10 de enero de 2008 y 24 de octubre de 2008, y STSJ de Castilla y León de 17 de marzo de 2005. *Vide* igualmente Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 593/2009. Mención especial merece del Dictamen del Consejo Jurídico de la Comunidad Valenciana 454/2008.

(9) TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2002): 44.

(10) TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2002): 56.

(11) Dictamen 593/2009.

renovado el 26 de septiembre de 2000 y el 23 de mayo de 2006. Sin embargo, vista la realidad hay que tildar la actitud de los dos grandes partidos de farisaica. Se rasgan las vestiduras cuando son los afectados, pero miran hacia otro lado o rebajan el tono de su crítica cuando son los beneficiados, por no hablar de los casos en que la operación es bendecida por las altas esferas. De hecho, el Acuerdo se entendió roto por PSOE y PP con ocasión de las elecciones locales de 2010, al incluir ambos partidos en sus listas a tránsfugas o a candidatos que en la legislatura extinta se habían hecho con el gobierno municipal gracias al apoyo de tránsfugas. Esa falta de auténtica voluntad política para abordar el problema es puesta de manifiesto, incluso, por los jueces. A pesar de reconocer que un juez ha de utilizar una sentencia única y exclusivamente para juzgar y resolver la controversia planteada, y no para hacer consideraciones de otro tipo tales como criticar a partidos políticos o afear la conducta del legislador, se transcribe a continuación por su claridad y dureza un párrafo de la sentencia 166/2012, de 21 de marzo, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Alicante:

«Obviamente, nuestro ordenamiento jurídico no dispone de una regulación seria y eficaz de supuestos como el que nos ocupa que, a la postre, permiten modificar el resultado de una elección en detrimento de los ciudadanos electores que ven modificados los resultados electorales por actuaciones realizadas a espaldas del electorado. [...] El electorado es ajeno a todo este tipo de actuaciones de trastienda, actuaciones que se oponen a lo expresado por los ciudadanos en las urnas. Ahora bien, en tanto el legislador no aborde con energía supuestos como el que nos ocupa, no será posible evitar actuaciones que se apartan de la decisión tomada por los electores en el correspondiente proceso electoral» (12).

La doctrina de forma unánime califica negativamente este fenómeno. De Esteban habla de hecho patológico o cáncer (13); Rubio Llorente de sinver-

(12) En similar sentido se manifiesta JORGE DE ESTEBAN: «da la impresión de que los partidos políticos no desean en absoluto solucionar este problema y sólo tratan de aparentar que lo quieren resolver mediante pactos antitránsfugas, que son vulnerados al cuarto de hora de ser firmado». DE ESTEBAN, Jorge, «Los vicios de la democracia (III)», *El Mundo*, 30-09-2009. Un ejemplo de ello lo tenemos en los casos Benidorm y Denia. Es significativo observar que los acuerdos plenarios con los nuevos nombramientos y remuneraciones del Ayuntamiento de Benidorm tras la moción de censura que desalojaba del Gobierno al PP y aupaba a la alcaldía al concejal Navarro del grupo socialista fueron impugnados por la Generalitat Valenciana (gobernada por el PP) pero no por la Subdelegación de Gobierno (en manos del PSOE). En cambio, los acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Denia, en ese momento ya en manos del PP, fueron impugnados por la Subdelegación del Gobierno (en manos del PSOE) pero no por la Generalitat Valenciana (en manos del PP).

(13) DE ESTEBAN, Jorge (1990): 10 y 13.

güenzas y ventajistas» (14); Peces-Barba de «golpe de Estado incruento en vidas humanas pero muy cruento para la democracia» (15); Caamaño de traición política (16).

Para hacer frente a esta práctica en el ámbito local se han llevado a cabo dos reformas legislativas. En 2003, se reforma el artículo 73.3 LBRL (17) y en el 2011, el artículo 197 LOREG (18). Con la excusa de hacer frente al transfuguismo, de forma soterrada se refuerza el poder de los partidos políticos sobre los representantes tratando por igual situaciones que no lo son, y trasladando el mensaje de que hay que ser disciplinado, pues fuera del partido hace mucho frío. Como afirma Sánchez Navarro, «quien no tiene Grupo apenas existe, parlamentariamente hablando» (19).

En el Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales, en su versión de 23 de mayo de 2006, tras denunciar «la naturaleza políticamente patológica de tales comportamientos, incompatibles con el sano funcionamiento de una democracia representativa en el nivel local» y celebrar como positivas las reformas antes mencionadas, se define como tránsfugas

«a 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»,

añadiendo que en el caso de que surgiesen dudas sobre qué miembros de una lista y/o grupo político han incurrido en transfuguismo, será la formación política que los ha presentado la que deberá aclarar por escrito cuáles de ellos se han apartado de la disciplina de partido, a efectos de su calificación como tránsfugas.

(14) RUBIO LLORENTE, Francisco (2003).

(15) PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003).

(16) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2003).

(17) Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

(18) Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

(19) SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. (2006): 99.

La definición es extensa, redundante, confusa y farragosa, al mezclar y confundir conductas con situaciones, y elementos objetivos con subjetivos. En cualquier caso y en definitiva, los dos grandes partidos políticos consideran tráfuga al concejal que entrega su voto a otras fuerzas políticas para cambiar o mantener la mayoría gobernante o dificultar o hacer imposible a dicha mayoría el gobierno de la entidad, en contra del criterio fijado por la formación política bajo cuya lista se presentó en las elecciones. Nótese que es tráfuga tanto el que vota para cambiar el gobierno como el que lo hace para mantenerlo siempre que en ambos casos lo haga en contra del criterio fijado por la formación política en cuestión y no se menciona, por la carga social negativa que conlleva, el supuesto del concejal que, en contra de lo señalado por el partido político, no dificulta o hace imposible con su voto el gobierno de la entidad. La definición se asienta en la falta de lealtad al partido político y en la ruptura de la disciplina de partido. Éste es omnipotente pues tiene la última palabra para estigmatizar a todo aquel que *se ha apartado de la disciplina de partido*.

Son muchos los elementos que se manejan cuando se habla de transfuguismo: disciplina de partido, expulsión o abandono voluntario del partido político y/o del grupo político, lealtad política, actividad del no adscrito, incluso programa electoral... Pero, ¿cuál de ellos es el determinante para que nos encontremos ante un caso tal?

El Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo, como hemos visto, incluye en su definición de transfuguismo que el concejal despliegue una actividad contraria a los intereses de su ex partido. Caamaño considera que para ser considerado tráfuga sería necesario que el cargo político «se apartase políticamente y de forma inequívoca» de la voluntad mayoritaria de los integrantes de la lista electoral por la que se presentó (20). Son conceptos excesivamente abiertos. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, en la sentencia 90/2013, de 8 de febrero, considera tráfuga al que «quiebra la disciplina de partido poniendo sus votos a disposición de un adversario político», con lo que realmente se está refiriendo a la disciplina de voto. Éste es elemento determinante para definir el transfuguismo y al tráfuga. Aunque Rubio Llorente hace hincapié en el cambio «de partido o de ideología», señala a continuación de forma acertadísima como hecho determinante «que se les reprocha y en razón del cual se les aplica el calificativo, con independencia de que haya cambiado o no de partido o de ideología, el hecho de haber roto (o si se quiere mayor precisión, haber roto en una votación decisiva) la disciplina de

(20) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2003).

partido» (21). ¿Disciplina de partido o disciplina de voto? La disciplina de voto cabe enmarcarla en la disciplina de partido, que es un concepto más amplio que abarca situaciones heterogéneas. Falta a la disciplina de partido, por ejemplo, el cargo que no acatando la instrucción de cerrar filas en torno a un asunto de especial trascendencia se convierte en verso libre y mantiene públicamente una opinión diametralmente opuesta a la oficial. Falta a la disciplina de voto si vota en dicha cuestión en contra las directrices de su partido. De hecho, el Acuerdo termina concretando dicha actividad contraria a los intereses del partido en la conducta de quien vota en contra de dichos intereses.

Parte importante de la doctrina parece otorgar especial trascendencia al abandono del partido o el grupo político (22). Sin embargo, entiendo que dejar de pertenecer a éstos, ya sea de forma voluntaria o forzosa, no es el elemento definidor del tráfuga sino del no adscrito. De hecho, se puede ser tráfuga desde dentro, como claramente se señala en la STSJCV 90/2013. En esta sentencia, el Tribunal, atendiendo a la finalidad del artículo 73.3 LBRL, otorga al concepto de tráfuga un alcance mayor que el que se desprende de su tenor literal, al considerar también tráfuga al concejal que sin abandonar su grupo municipal adopta una actitud perjudicial para éste (23). Cabe cuestionarse así si merece tal calificativo el concejal que, ya fuera de su partido y/o grupo, sigue votando con sus excompañeros. En mi opinión no, pues lo determinante no es dónde está sino qué vota el concejal.

Por otra parte, se puede ser tráfuga de forma directa, votando con el adversario político, pero también de manera subrepticia: absteniéndose, no votando o ausentándose cuando el voto es necesario.

Cabe preguntarse si se puede ser tráfuga en la oposición. Si se defiende que el elemento nuclear es mantener la disciplina, se puede ser tráfuga tam-

(21) RUBIO LLORENTE, Francisco (1993).

(22) Para KELSEN el hecho determinante era abandonar el partido de tal manera que quien deja de pertenecer al partido ha de abandonar el escaño. KELSEN, Hans (1934): 69. Entre nosotros *vide* DE ESTEBAN, Jorge (2010): 26: «se conoce por tráfuga la persona que, teniendo un cargo representativo a causa de haber sido elegido en la lista de un partido, se pasa a otro partido o al grupo mixto, sin renunciar al cargo». BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 216. CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (1988): 43, lo reconduce a la baja voluntaria, al igual que PRESNO LINERA, Miguel Ángel (1998): 126 y 135.

(23) En este caso dos concejales del Ayuntamiento de Pobra de Farnals (Valencia) votaron a favor de la moción de censura perteneciendo aún al grupo político que detentaba el gobierno de la localidad. La moción se presentó contra el alcalde del PP, proponiéndose como candidata alternativa a uno de los concejales en cuestión, también del PP. Con posterioridad estos concejales fueron expulsados del grupo municipal y del Partido Popular.

bién en la oposición. Piénsese en el caso de un concejal en la oposición que no apoya una moción de censura.

Hay otro elemento que conviene analizar. ¿La discrepancia ha de ser con el partido o con el grupo? Partido político y grupo político, aunque conexas, son dos realidades distintas. Caamaño afirma que el escaño es de la lista electoral (24). Aunque en la inmensa mayoría de casos habrá plena coincidencia entre ambos, también pueden surgir graves discrepancias. El caso del Ayuntamiento de Benidorm en la legislatura anterior es un claro ejemplo (25). Atribuir el escaño a la lista o grupo es crear una nueva ficción. En coherencia con lo dicho hasta ahora, para ser considerado tráfuga la discrepancia ha de ser con el partido político.

No se exige que el voto del tráfuga sea determinante. El tráfuga se alinea con el adversario político para cuestiones de especial trascendencia, y ello con independencia de si triunfa o no lo apoyado por él.

El núcleo gordiano de la cuestión está, sin embargo, en la apreciación de elementos de corte subjetivo. García Roca exige un aditamento ético, pues no todos los casos merecen idéntica consideración por parte de la sociedad. Así señala que no merecería la consideración de tráfuga, por no ser éticamente reprochable, el cargo representativo que abandonase el partido o el grupo político tras haber denunciado la creación de los GAL o irregularidades urbanísticas en Marbella (26). Esta referencia desnuda a la eticidad de la conducta, sin mayor precisión, plantea la dificultad de su apreciación por parte de los tribunales. Sobre la figura del tráfuga planean los conceptos de lealtad y traición. Analicemos, en primer lugar, la lealtad del electo con el electorado, lo que nos lleva a la cuestión de si juega algún papel el respeto al programa electoral con el que el partido político se ha presentado a las elecciones. Un programa electoral recoge las grandes líneas maestras del programa de gobierno de un partido político que concurre a unas elecciones y que, de ganarlas, serán, en

(24) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2003).

(25) Otro ejemplo lo tenemos en el Ayuntamiento de Alicante. El día 3 de julio de 2013, cinco de los ocho concejales que integraban el PSPV en el Ayuntamiento de Alicante acordaron cambiar el portavoz del grupo municipal, tras una votación casualmente sobre el PGOU en la que rompieron la disciplina de voto. A resultas de lo anterior, la ejecutiva local del PSPV alicantino acordó por unanimidad solicitar la expulsión provisional de los concejales discolos, quienes en su defensa argumentan que «el grupo es autónomo e independiente para tomar sus decisiones, así lo recoge el reglamento de cargos públicos y así se recoge en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la autonomía del grupo. Luego, si la mayoría del grupo decidió que debía ser abstención, debía haber sido así». Estos ediles consideraron, además, que la opción fijada por el partido traicionaba la línea del programa electoral.

(26) GARCÍA ROCA, Javier /2009): 42.

teoría, puestas en marcha. Ha pasado a los anales de la política la frase de que los programas electorales están para ser incumplidos. Es una realidad que muchas promesas electorales se quedan por el camino. Los programas electorales han dejado de ser, si alguna vez lo fueron, algo semejante a los *Cahiers d'instructions* como afirmaba Torres del Moral (27). De su incumplimiento no se deriva consecuencia jurídica alguna para el partido, pero sí política: en los siguientes comicios, el elector puede premiar o castigar al partido político en el gobierno en función del grado de cumplimiento de su programa electoral. En buena lógica, aquello que se dice en campaña, de ganarse las elecciones, debería cumplirse en su mayor parte durante la legislatura. Éticamente no merecería la tacha de tráfuga aquel cargo representativo que en conciencia no acatara las órdenes de partido por contradecir de forma sustancial el programa electoral. *A sensu contrario*, Chueca afirma que la actuación del tráfuga tendría «que ser contrastada con puntos específicos e importantes del programa electoral, previamente registrados como tales en el acto formal de presentación de candidaturas» (28). Desde un plano ideal y teórico comparto plenamente esta postura. En principio, el programa electoral es un elemento determinante en la opción del elector por unas siglas u otras. Éste confía en que partido y cargo sean consecuentes con dicho programa. De no serlo, estarán siendo desleales con el elector. De tal suerte, y por lo que aquí nos ocupa, que se puede dar la paradoja de que un cargo electo sea desleal con el partido a la par que leal con el electorado, cuando vota en contra del criterio del partido pero de forma consecuente con el programa electoral. Este cargo sería lo que se ha dado en llamar un tráfuga ético. En estos casos, el desleal sería el partido. Sobre esta cuestión, lógicamente, guardan silencio los partidos. El verdadero tráfuga, el desleal, es aquel cargo representativo que, rompiendo la disciplina de voto, pone su voto a disposición del adversario político sin que se haya producido un cambio sustancial entre la postura del partido y su oferta electoral con la intención de provocar alguna de las situaciones a las que hemos hecho referencia: cambio o bloqueo del gobierno o mantenimiento de éste. Esto es lo que debería ser considerado verdadero transfuguismo. Ahora bien, anudar a este comportamiento consecuencias jurídicas exigiría también para no caer en la hipocresía política hacer lo propio cuando es el partido el que traiciona al electorado incumpliendo su programa electoral, cuestión ésta que, lógicamente, los partidos ni se plantean. Imaginemos, por otra parte, que el cargo se aparta del programa electoral pero lo hace siguiendo las indicaciones del

(27) TORRES DEL MORAL, Antonio (1982): 17.

(28) BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 218-219.

partido, es decir, los dos son desleales con el electorado. El partido no le va a exigir, naturalmente, que renuncie al escaño, pero ha faltado a su compromiso con el electorado. De ahí que, en el plano real, la introducción de esta variable presenta grandes problemas. Un programa electoral es un documento político. Derivar consecuencias jurídicas, la pérdida del cargo, a partir de un documento político que jurídicamente no obliga cuando, además, no se exige responsabilidad de ningún tipo en caso de incumplimiento al autor del mismo que es el partido, es cuanto menos discutible. Por otra parte, una legislatura dura cuatro años, y un programa electoral, por mil razones, puede quedar desfasado en poco tiempo debido a cambios en la situación económica, social, política, etc. Además, deberían ser los tribunales los que, en última instancia, tuvieran que decidir sobre la cuestión, lo que añade mayor complejidad si cabe. La cuestión, de difícil solución, es cómo juridificar en este caso la deslealtad del cargo y, en su caso, del partido, con el electorado.

Menos problemas presenta la cuestión de la lealtad del cargo con la formación política, al ser más objetiva. El tráfuga vota en contra del criterio del partido, se haya separado o no del programa electoral, por lo que automáticamente es desleal con dicho partido. Esto no admite vuelta de hoja. Esta segunda deslealtad es la que quieren atajar los partidos, la que se proyecta sobre la relación partido político-electo. Y para ello simplemente centran el debate en la deslealtad a la hora de votar sin querer entrar a analizar la motivación de tal desafección y, de esta manera, evitar quedar en evidencia en caso de tráfugas éticos. En estos términos está planteado el debate y las posibles reformas en la normativa vigente. Aquí juridificar la deslealtad política, como veremos, no es tan complejo como en el primer caso.

La lealtad es un concepto político, no jurídico. Advierte Caamaño al respecto que «pese a la omnipresencia del Estado de Derecho, existen ámbitos reservados a lo político, que lo jurídico, por definición, no puede objetivizar» (29). El legislador ha sido consciente de ello y ha rehuído regular en el artículo 73.3 LBRL el transfuguismo, limitándose a regular la situación del no adscrito. Con claridad lo expresa el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 593/2009 en los siguientes términos: «ni el legislador suministra un concepto de tráfuga, ni esta calificación es necesaria para la aplicación de esta norma, a la que se ha querido desposeer de conceptos controvertidos y apreciaciones valorativas sobre el origen y efectos de determinadas conductas, facilitando la tarea de los operadores jurídicos sobre unas bases pretendidamente asépticas, al menos en lo que se refiere a la tarea calificadora». Como

(29) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1991): 275.

hemos visto, el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración Local introducía en su definición de tráfuga los términos traición y lealtad política en relación con el partido político, aunque más como recurso retórico que otra cosa (30).

No todo no adscrito es un tráfuga; sin embargo, el propio Tribunal Constitucional cae en esa reducción y afirma en la STC 9/2012, de 18 de enero, que «las restricciones o limitaciones impuestas a los concejales no adscritos responden a un fin legítimo» que no es otro que perseguir el transfuguismo. En el no adscrito es determinante dónde está. En el tráfuga, qué vota. El tráfuga adquiere la condición de no adscrito cuando abandona voluntariamente o es expulsado del partido político o del grupo político. Todo tráfuga termina siendo no adscrito, pero no todo no adscrito tiene por qué ser un tráfuga. En mi opinión, no lo sería el concejal no adscrito que vota con sus excompañeros. La cuestión es si es posible una regulación diferenciada para uno y otro supuesto. Para hacerlo es necesario considerar como elemento interviniente la deslealtad política, que se da en el tráfuga, pero no necesariamente en el no adscrito. La declaración de tráfuga con sus efectos, más si entre ellos figura la pérdida del cargo, debería ser revisable en vía judicial. Si la deslealtad se aprecia de forma subjetiva la consecuencia es fácil de imaginar: se judicializaría aún más la política y se politizaría aún más la justicia. De entrada, los jueces no pueden entrar a valorar si es políticamente indigno apartarse de forma inequívoca de la voluntad del partido o grupo, la trascendencia política de un voto, o el grado de separación del tráfuga de los puntos específicos e importantes del programa electoral (31). Ello nos lleva a tener que dejar de lado elementos puramente subjetivos, e intentar objetivar esta variable de por sí subjetiva a partir de una serie de situaciones objetivas de las que pueda deducirse la misma. Así sería tráfuga todo concejal que votara junto al adversario político y en contra del criterio fijado por el partido político con el que concurrió a las elecciones en una investidura, una moción de censura, una cuestión de confianza o cuestiones de especial trascendencia, entendiéndose por tales aquellas sobre las que, de acuerdo con la LOREG, pueda el alcalde solicitar una cuestión de confianza. Es decir: los presupuestos anuales, el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales y la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planea-

(30) Nótese que se obvia en dicha definición cualquier referencia a la lealtad con electorado.

(31) Lo que para unos es un caso de transfuguismo para otros puede no serlo. En este sentido JORGE DE ESTEBAN consideró tal a Fernández Ordóñez. DE ESTEBAN, Jorge (1982), opinión no compartida por GARCÍA ROCA, Javier (2009): 42.

miento general de ámbito municipal (32). Con ello, y en mi opinión, se castigaría la deslealtad con el partido, no así con el electorado, que quedaría fuera, a partir de circunstancias objetivas, con lo que esta variable, al final y dentro de lo posible, entraría en juego.

De acuerdo con todo lo anterior podríamos considerar tráfuga a todo cargo representativo que rompiese la disciplina de voto y cediera su voto al adversario político en cuestiones de especial trascendencia señaladas como tales por la legislación electoral.

III. ¿QUÉ DERECHOS PUEDEN SER LIMITADOS AL NO ADSCRITO?

El artículo 73.3 LBRL, que restringe los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos impidiendo que sean superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, es constitucional. Otra cosa es que su concreta aplicación pueda o no vulnerar el artículo 23.2 CE. De la sentencia que así lo declara, la STC 9/2012, de 18 de enero, y del resto de sentencias que tratan el tema podemos clarificar la situación en los siguientes términos:

1. Puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquellos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo (33).

2. Ese diferente trato que se aplica a los diputados no adscritos no puede conllevar, en ningún caso, una limitación de las facultades que constituyen el núcleo de sus funciones representativas. Es decir, no puede afectar al núcleo esencial del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE. Y ello porque «no cualquier acto que afecte al *status* jurídico aplicable al representante político lesiona

(32) Artículo 197 bis LOREG. La cuarta causa castiga al que sin hacer caer el gobierno municipal, lo paraliza o bloquea. Si fuera el partido político el encargado de definir las cuestiones trascendentes que de no aprobarse paralizaran la acción de gobierno se introduciría una gran dosis de discrecionalidad e, incluso, de arbitrariedad, lo que sería fuente permanente de inseguridad jurídica. Se podría recurrir a un sistema similar al *whip* propio del Parlamento británico en el que cada cuestión está marcada según su nivel de trascendencia (baja, medida, alta) de tal suerte que sólo la ruptura de la disciplina de voto de forma reiterada en las cuestiones más importantes —marcadas con trascendencia alta— podría dar lugar al inicio de un procedimiento que terminara con la desposesión del cargo.

(33) *Vide* STC 169/2009, de 9 de julio, FJ 7.

el derecho fundamental invocado, pues sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezca al núcleo de su función representativa» (34).

3. El artículo 73.3 LBRL impide otorgar a los concejales no adscritos derechos económicos y políticos superiores a los que ostentaban en su calidad de miembros del grupo en el que deberían haberse integrado, o del grupo de procedencia que han abandonado.

4. El artículo 73.3 LBRL no fija un régimen jurídico completo de las facultades y derechos de los concejales no adscritos, sino que deja un amplio margen que debe ser completado por las leyes de régimen local de cada Comunidad Autónoma y el reglamento orgánico de cada Ayuntamiento (35).

5. Este precepto fija un límite máximo. El legislador autonómico puede mantenerlo o rebajarlo, nunca superarlo.

A la hora de fijar qué derechos pueden ser limitados habrá que estar a la diferenciación entre los derechos que forman parte del núcleo esencial del derecho a ejercer en condiciones de igualdad un cargo público, y aquellos que no forman parte de dicho núcleo. Las restricciones no pueden atacar el núcleo esencial del derecho de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) directamente conectado con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). Hay que determinar, pues, qué derechos o facultades atribuidos al representante político se integran en el núcleo de su función. Para ello, cabe distinguir entre los derechos *uti singuli*, atribuidos de forma individualizada como representante, algunos de los cuales formarían parte del núcleo esencial del derecho y otros no, y los derechos *uti socii*, atribuidos por su pertenencia a un grupo político que, de entrada, no forman parte del núcleo esencial del derecho, tal como reconoce la STC 169/2009, de 9 de julio (36), por lo que podrán ser restringidos. La problemática se centra, pues, en los primeros. El Tribunal Constitucional, sin realizar una enumeración cerrada, señala como incluidos en el núcleo esencial del derecho los siguientes: participar en la actividad de control, participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y en las divisiones de éste que en su caso se constituyan, como son las comisiones informativas, y obtener la información necesaria para poder ejercer las anterio-

(34) *Vide* SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3, y 169/2009, de 9 de julio, FJ 2.

(35) STC 9/2012, de 8 de octubre, FJ 2.

(36) FJ 4. En el mismo sentido STC 20/2011, de 14 de marzo, FJ 4.

res (37). A estos derechos hay que añadir el derecho a renunciar, pues, tal como establece la STC 60/1982, de 11 de octubre, «cabe inferir del artículo 23.2 de la CE que si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público también tienen el de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual» (38). Otro derecho que, de acuerdo con el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, también forma parte del contenido esencial es el de la percepción de una retribución mínima por el ejercicio de su función representativa (39). Conectado con lo anterior, cabe incluir la puesta a disposición del concejal no adscrito de una mínima infraestructura para desempeñar su labor, especialmente la habilitación de espacios y medios para atender a los ciudadanos (40). Unido a ello también debería formar parte del núcleo esencial el derecho a acceder a cualquier servicio o instalación municipal, pues difícilmente podrá ejercer el cargo en condiciones de igualdad si se le deniega dicho acceso. Por otra parte, este derecho se conecta con la función de control en un sentido amplio que abarca el examen *in situ* de servicios e instalaciones municipales (41). En cambio, no resultaría afectado el núcleo esencial del derecho al cese de una determinada situación laboral como puede ser, tal como se indica en la STC 169/2009, de 9 de julio, «la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva» (42).

(37) STC 169/2009, de 9 de julio, FJ 3. En relación con las comisiones informativas, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 246/2012, de 20 de diciembre, que «excluir absolutamente a los concejales no adscritos del derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones (con voz y voto) supondría entorpecer y dificultar la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, incidiendo por ello de forma negativa en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal individualmente considerado». Ahora bien, el Tribunal advierte que dicha integración «debe respetar en todo caso el criterio de proporcionalidad» (FJ 9).

(38) FJ 3. *Vide* igualmente ATC 7/1984, de 11 de enero, FJ 2. Puede consultarse también el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 593/2009.

(39) «No sería constitucionalmente legítimo privar a un concejal el mínimo económico indispensable para el ejercicio de su cargo, pues este derecho a los recursos económicos necesarios para facilitar el ejercicio de sus funciones inherentes al cargo representativo deriva directamente del contenido esencial del artículo 23.2 CE». Dictamen 223 de 18 de diciembre de 2001.

(40) En este sentido *vide* el Dictamen del profesor Ángel Garrorena Morales sobre propuestas de modificación del Reglamento, citado por FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO, Encarnación (1989): 245 y 250; PRESNO LINERA, Miguel Ángel (1998): 127; ALONSO MÁS, María José (2005): 124. *Vide* el Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía 593/2009. El Consejo no dice expresamente que formen parte estos derechos del contenido esencial del artículo 23.2 CE. Sino que se limita a afirmar que «no resultaría ilógico» que se le reconocieran.

(41) Al respecto *vide* ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. Àngels (2009): 159-169.

(42) FJ 4.

Especial atención merece el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio tales como la pertenencia a la Junta o Comisión de gobierno o la designación como Teniente de Alcalde o la delegación de funciones, pues ha sido grande la polémica suscitada en los tribunales, siendo, además, la causa que generó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta en las SSTC 9/2012, de 18 de enero, y 30/2012, de 1 de marzo (43). Mientras que el juez de instancia que planteó la cuestión consideraba que la imposibilidad de acceder a cargos de mayor responsabilidad a los hasta ese momento detentados afectaba al núcleo esencial de la función representativa, y que dicha imposibilidad derivaba del artículo 73.3 LBRL, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión contraria: «la garantía que proporciona el artículo 23 no se ve vulnerada en un supuesto como el planteado por el órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad». «Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo, lo que determina que el artículo 23 CE no se vea aquí vulnerado» (44).

Hasta dichas sentencias, los tribunales ordinarios mantenían posturas dispares. El órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad consideraba que dichos derechos formaban parte del núcleo esencial del derecho recogido en el artículo 23.2 CE. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, sentencia 1573/2009, de 21 de julio, consideró que tales cuestiones eran ajenas a la prohibición impuesta por el artículo 73.3 LBRL, concluyendo que el aumento de remuneración de una concejala como Primera Teniente de Alcalde, acordada tras pasar a tener la condición de no adscrita al ser expulsada de su grupo, se le asignaba «no en su condición de concejala no adscrita, sino por ostentar el cargo de Primera Teniente de Alcalde» (45). El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sentencia 277/2010, de 5 de mayo, tachó dicho argumento de claramente insuficiente, siendo «preciso efectuar un mayor esfuerzo de indagación» con el objeto de establecer «que tal incremento de retribuciones tiene que ver con la concreta asunción de funciones por parte de la concejal no adscrita, demostrando que la asunción habría existido, de igual manera y en la misma medida, si la misma hubiese seguido formando parte del grupo político [de procedencia]». Y es que para la Sala, «la voluntad del legislador estatal pasa por asegurar que quien logra una asunción de funciones políticas y de derechos económicos en la Corporación municipal las ha obte-

(43) *Vide* Autos de 10 de febrero de 2010 y de 19 de julio de 2011, ambos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante.

(44) SSTC 9/2012, de 18 de enero, FJ 4; 30/2012, de 1 de marzo, FJ 4, y 246/2012, de 20 de diciembre, FJ 7.

(45) *Vide* igualmente STSJ Cantabria 177/2009, de 13 de marzo.

nido en tanto en cuanto que ese logro se habría generado, en la misma medida, si continuase en la formación política de la que participaba con anterioridad a la fecha en que se produce la adscripción de funciones y derechos». En el caso en cuestión, en opinión de la Sala, no se demostró «el cómo y el por qué» si la concejala no adscrita hubiese permanecido en el grupo político con el que concurrió a las elecciones se le habría propuesto igualmente para las funciones mejor retribuidas, por lo que anuló la decisión del Pleno en cuestión. En la STSJ Comunidad Valenciana 516/2012, de 17 de octubre, ante un caso similar, el Tribunal añade que «es indudable que la recta lectura que ofrece el artículo 73.3 LBRL es el de que, controvertido en sede judicial los derechos económicos y políticos de un miembro no adscrito, sobre la Administración local de la que procede la actuación administrativa recae una taxativa carga jurídica de exhibir, con precisión, de modo visual y tangible en qué específica medida el cambio producido en el acervo personal del concejal no adscrito hubiese sido equivalente si este concejal hubiese continuado formando parte de su Grupo Político inicial». Ambas sentencias fueron dictadas por la Sección Quinta. Todo este armazón argumental es más que discutible, pues introduce altas dosis de subjetividad y, por lo tanto, de inseguridad jurídica. Comporta tener que analizar caso por caso y llegar a conclusiones distintas según la motivación del nuevo nombramiento convenza o no al Tribunal, además de exigir una suerte de *probatio diabólica*, consistente en demostrar que tal nombramiento se hubiese producido igualmente de permanecer la concejala en cuestión en su grupo político. La nulidad de los acuerdos y consiguientes nombramientos y retribuciones no puede depender de una valoración de las razones políticas que llevaron a la adopción de dichos acuerdos (46). En este sentido, cabe reseñar que dicha argumentación no hace acto de presencia en la STSJ Comunidad Valenciana 90/2013, de 8 de febrero, dictada por la Sección Segunda con posterioridad a las sentencias del Tribunal Constitucional. Dicha sentencia revocó los acuerdos plenarios en los que se nombraba a los dos tráfugas Alcalde y Primer Teniente de Alcalde respectivamente, con una mejora en sus retribuciones. Sin indagar en las razones de dicho nombramiento, el Tribunal concluye de forma automática que dichos acuerdos entraban en contradicción con el artículo 73.3 LBRL al atribuir derechos políticos y económicos a los afectados de los que no disfrutaban con anterioridad a pasar a la condición de no adscritos.

(46) En este sentido, el Tribunal no estimó suficiente el argumento de que tales nombramientos se realizaban por el alcalde «por entenderlo conveniente a los intereses municipales y a fin de facilitar la estabilidad municipal».

El artículo 73.3 LBRL fija un límite máximo: los derechos que se les atribuyan a los concejales no adscritos no podrán ser superiores a los que «les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia». Respetando este límite máximo en la atribución de derechos a los miembros electos de la corporación que impone la normativa básica, el legislador autonómico podrá optar legítimamente entre mantener este tope máximo o rebajarlo (47). La redacción de precepto es un tanto confusa (48). Poco aclara el Tribunal Constitucional en la STC 246/2012, de 22 de enero, cuando advierte que las Comunidades Autónomas «no podrán reconocer a los concejales no adscritos *más derechos* (económicos y políticos) *que los que corresponden a los concejales integrados en los grupos políticos*» (49). A un concejal adscrito le corresponden la suma de los derechos *uti singuli* y *uti socii*. El resultado de esa suma sería, para el Tribunal Constitucional, el tope máximo que no se podría rebasar en relación con los no adscritos, *ergo* podría deducirse que además de estos derechos existen otros a los que no podría acceder el no adscrito. Pero, ¿cuáles serían esos otros derechos? Esa suma no conforma el límite máximo que no puede superar el no adscrito, sino que constituye el tope absoluto de los derechos que se le puede reconocer a un concejal. *Non plus ultra*. Por otra parte, si ponemos en ese punto el límite máximo, nos podemos encontrar con un concejal que durante su etapa de adscrito disfrutaba de una serie de derechos sin alcanzar el tope máximo y tras pasar a no adscrito lo alcanzara, lo que es un sinsentido que va en contra de la letra y el espíritu del precepto.

Entiendo que el tope máximo reconocible a un no adscrito no es el conjunto de derechos económicos o políticos de los concejales integrados en grupos políticos, sino el conjunto de derechos de que disfrutaba de forma efectiva el concejal con anterioridad al abandono del grupo. Así parece desprenderse de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valencia, 454/2010, de 8 de octubre, ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia 516/2012, de 17 de octubre, al señalar que: «en definitiva el legislador veta o limita el favorecimiento de los derechos políticos y económicos a los concejales no adscritos y, por lo tanto, la dedicación exclusiva o la atribución de delegaciones de las que carecía con anterioridad al

(47) Al respecto señala ALONSO MÁS, que el precepto «no cumple con la función a que debe servir en este punto la normativa básica estatal: la de asegurar un *status* mínimo específico de los concejales no adscritos». ALONSO MÁS, María José (2005): 128.

(48) En este sentido, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana señala que la misma es «imprecisa y confusa». *Vide* Dictámenes 365/2006 y 454/2008. GARCÍA ROCA la califica de «problemática». GARCÍA ROCA, Javier (2009): 79.

(49) FJ 8.

abandono de su grupo político» (50). El legislador autonómico puede optar entre permitir al concejal no adscrito disfrutar de los mismos derechos (*uti singuli* y *uti socii*) que ya poseía de forma efectiva antes de pasar a la condición de no adscrito, o atribuirle menos derechos, siempre dentro del respeto a lo dispuesto en el artículo 23 CE. Pongamos un ejemplo extraído de los tribunales: si en el momento de abandonar el grupo político el concejal ostentaba el cargo de sexto Teniente de Alcalde, una vez adquirida la condición de no adscrito podrá acceder, como máximo, a desempeñar el mismo cargo pero le estará vetado el acceso a uno de mayor representatividad como pueda ser el de quinto Teniente de Alcalde (51).

A la vista de la última jurisprudencia, los tribunales consideran son nulos los acuerdos que atribuyen nuevos cargos más representativos, nuevas delegaciones o mayores retribuciones a los concejales que han pasado a tener la condición de no adscritos, lo que plantea la cuestión de la devolución de estas últimas. Las nuevas retribuciones vienen dadas por asumir nuevos cargos o delegaciones. Impugnados los acuerdos en cuestión, los tribunales los declaran nulos, pero en el *interregno* el concejal ha desempeñado dichas funciones que le han supuesto una mayor dedicación a la vida municipal y por las que ha recibido una determinada remuneración. Para el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sentencia 277/2010, de 5 de mayo, y para el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, Dictamen 414/2013, de 25 de julio, los efectos de la nulidad de dichos acuerdos se extienden a la remuneración percibida por el concejal por el desempeño de las nuevas funciones, que

(50) En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana 90/2013, de 8 de febrero, anula los acuerdos plenarios con los nuevos nombramientos porque «vulneran explícitamente sus previsiones [las del art. 73.3 LBRL] al atribuir a D.^a Antonia y D. Romeo los derechos políticos y económicos que antes no detentaban». *Vide* igualmente Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 414/2013, de 25 de julio, en la que se señala que «la contrariedad de los Decretos declarados nulos con lo dispuesto en la Ley (y por eso han sido declarados nulos) radica en la imposibilidad de que el Concejal no adscrito al que se refiere el caso objeto de nuestra atención, pueda percibir las retribuciones correspondientes a un Concejal con dedicación exclusiva, superiores a las que le correspondían como Concejal con anterioridad a adquirir la condición de *no adscrito*, pues ésta es la finalidad y el espíritu de la norma —art. 73.3 de la Ley de Bases de Régimen Local—».

(51) *Vide* en este sentido Sentencia 166/2012, de 21 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Alicante (caso Benidorm), en la que se anula la resolución por la que se nombra al concejal transfuga primer Teniente de Alcalde, en la medida en que con anterioridad fue sólo séptimo y sexto Teniente de Alcalde. En cambio, no se revoca la resolución en la que se le nombra miembro de la Junta de Gobierno local en la medida que con anterioridad ya formaba parte de ésta. Tampoco se anula la delegación de la Alcaldía en materia de juventud, seguridad ciudadana y tráfico, por la misma razón.

deberá devolver a las arcas municipales (52). Por lo tanto, la cantidad a devolver sería la diferencia entre lo percibido con la nueva situación y lo que hubiese recibido de no haberse dado ésta (53).

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 73.3 LBRL

Tal como se advierte en el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 311/ 2013, de 13 de junio, la redacción del artículo 73.3 LBRL es confusa en cuanto a la descripción de los supuestos en que un concejal pasa a ser no adscrito. De esta manera, el punto tres se refiere a «que la mayoría de los concejales de un grupo municipal abandonen o sean expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones». En primer lugar, dirá el Consejo Consultivo, «el último apartado del artículo 73.3 ha de interpretarse referido no sólo al supuesto de que la mayoría de los Concejales de un Grupo político abandonen o sean expulsados de la formación política que presentó la candidatura, sino a todos los supuestos en los que los concejales abandonen o sean expulsados de la citada formación política —representasen o no la mayoría del Grupo político municipal—, que quedarán, por ello, privados de seguir perteneciendo a dicho Grupo político municipal» (54). En segundo lugar, el precepto no distingue entre Partidos Políticos,

(52) Acertadamente mantiene el Consejo Jurídico Consultivo que, recaída sentencia declarando nulos los correspondientes acuerdos plenarios si no se hace pronunciamiento alguno sobre la devolución de las cantidades percibidas, no es necesario proceder a declarar la nulidad de los actos de pago de las retribuciones, sino que basta promover un incidente en ejecución de sentencia de acuerdo con el artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(53) Plantea el Secretario del Ayuntamiento de Silla en su Informe de 15 de febrero de 2013 que exigir el reintegro de estas cantidades plantearía una situación de enriquecimiento injusto por parte del Ayuntamiento, que obligaría al Ayuntamiento a reintegrar dichas cantidades ya que «la dedicación en exclusiva del concejal en cuestión supuso para el Ayuntamiento de Silla un trabajo o un beneficio que estaba compensado por las retribuciones que se hicieron efectivas al concejal». Advierte el Secretario que no ha lugar al reintegro cuando se aprecia mala fe en el que ha recibido la remuneración. Ello no obstante, los hechos se remontan a 2008, época en la que, como hemos visto, la jurisprudencia era contradictoria y anteriores a las sentencias del Tribunal Constitucional resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 73.3 LBRL, por lo que no cabría apreciar mala fe en el caso analizado. Sin embargo, entiende el Secretario, tal conclusión no podría mantenerse en relación con acuerdos adoptados con posterioridad a dichas sentencias. *Vide* el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo 414/2013 citado. Advertir que el caso del Ayuntamiento de Silla es el que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valencia 454/2010 y a la STSJCVCV 516/2012 citadas.

(54) Recordando lo ya dicho en su Dictamen 454/2008, de 23 de mayo.

Coaliciones y Federaciones, limitándose a prever, como causa que determina el paso a la condición de concejal no adscrito, la expulsión de la «formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones». Para el Consejo Consultivo, y vista la LOREG, «formación política puede serlo el Partido Político, la Coalición, la Federación de Partidos Políticos, o la agrupación de electores, y a cada uno de ellos corresponde, en su caso, la decisión de expulsión de sus miembros». De ahí que sería necesario realizar las puntualizaciones necesarias, pues en caso de coalición la expulsión del concejal en cuestión le corresponde en última instancia a la misma (55).

Sería conveniente especificar qué sucede con los independientes que se presentan bajo las siglas de un partido político. Obviamente, si no forman parte de dicha formación política no pueden abandonarla ni ser expulsados. El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen 454/2008 señaló al respecto que bastaría, tras el oportuno procedimiento contradictorio, un escrito de la formación política en el que se manifestare que dicho concejal había dejado de representarla.

Plantea el artículo 73.3 otro problema: ¿Qué sucede si hay discrepancias o ruptura entre partido político y grupo político? Puede darse el caso de que el grupo político expulse a los discrepantes con la mayoría pero leales al partido, y el partido, a su vez, expulse a los concejales no discrepantes con el grupo pero desleales con él. En consonancia con lo mantenido a lo largo de este trabajo, la lealtad ha de ser con el partido político y la discrepancia, por tanto, también, con lo que se plantea el problema de que partido y grupo son dos realidades distintas aunque conectadas (56). ¿Hasta qué punto el partido puede unilateralmente decidir la expulsión de un concejal del grupo político?

El vigente artículo 73.3 LBRL es insuficiente. Dejar al legislador autonómico su desarrollo existiendo tal grado de indefinición puede llevar a regulaciones dispares. Consciente de ello, el Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y la Administración local en su artículo 59 plasmaba los derechos políticos y económicos que, con carácter mínimo, disfrutaban de los miembros de los entes locales en un Estatuto de los cargos representativos locales. Su redacción no es del todo afortunada, al no diferenciar claramente los derechos que se tienen *uti singuli* de los que se disfrutaban *uti socii*. Por otra parte, en relación con los no adscritos señalaba el Anteproyecto en su artículo 66.4 que: «Los miembros no

(55) En apoyo de esta tesis, el Consejo Jurídico Consultivo cita la STS 7/2000, de 14 de enero, en la que el Tribunal admite la competencia de las coaliciones para la expulsión de sus miembros, con independencia de la decisión individual de los partidos políticos integrantes de la coalición.

(56) *Vide* STC 30/1993, de 25 de enero, FJ 6.

adscritos tendrán los derechos políticos y económicos que individualmente les correspondan como representantes locales, pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político, sin que nunca puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determinen el Estatuto local.» En particular, añadía, se deberán respetar las siguientes normas: no podrán ejercer los derechos atribuidos por la regulación aplicable a los grupos políticos en el desarrollo de las sesiones plenarias, no podrán mejorar su situación anterior al abandono del grupo político local de origen en cuanto a su participación en las Comisiones, no podrán participar en la Junta de Portavoces, que se constituirá exclusivamente por los portavoces de los grupos políticos locales, no podrán percibir asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos, ni tampoco podrán asignárseles otras ventajas económicas y materiales por ser no adscrito.

Sin embargo, dicha propuesta adolece del mismo problema de redacción que el vigente artículo 73.3. Se fija un tope máximo («sin que nunca puedan ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia») en relación con los derechos *uti singuli* con una redacción similar a la actual, por lo que se mantiene la confusión puesta de manifiesto *supra*. Al final, lo que ha de quedar claro es si un tráfuga puede pasar a desempeñar cargos de mayor relevancia de los que tenía y cobrar mayores retribuciones. De acuerdo con la última jurisprudencia, posterior a la redacción del Anteproyecto, ello no es posible. Por lo tanto, la reforma debería fijar como tope máximo los derechos que el concejal no adscrito disfrutaba de forma efectiva en el momento de convertirse en no adscrito, especificando que no puede ser nombrado para cargos de mayor responsabilidad de los que ya ostentaba, ni formar parte de la Junta Local si no formaba parte de ella, ni asumir otras delegaciones de las que ya tenía, ni ser nombrado miembro de organismos o empresas públicas distintos de los que ya formaba parte, ni obtener mayor remuneración de la que percibía, siendo nulos los acuerdos del Pleno en ese sentido. Éste sería el límite máximo. La legislación autonómica podría mantenerlo o rebajarlo de tal suerte que también sería constitucional la regulación que no permitiera a un concejal no adscrito ser nombrado Teniente de Alcalde, formar parte de la Junta de Gobierno o asumir delegaciones del alcalde aunque con anterioridad hubiese detentado dichos cargos.

Por último, la reforma debería ir acompañada de la introducción de un Estatuto de los cargos representativos locales, como acertadamente hacía el Anteproyecto, pero diferenciando entre los derechos que corresponden al concejal como tal y los que derivan de su pertenencia al grupo municipal.

V. TRANSFUGUISMO Y PROPIEDAD DEL ESCAÑO

El Tribunal Constitucional, desde un primer momento, ha sido fiel a los postulados clásicos de la teoría de la representación. Estos postulados impiden que los representantes puedan ser privados de su función por una decisión que emane de los partidos políticos. No se requiere para llegar de forma inequívoca a esta conclusión de un «análisis de muy largo desarrollo» (57). «Es inequívoco [...] que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos y asociaciones que los proponen al electorado» (58). No concuerda con la Constitución la concepción de que «es el partido, y no los candidatos por él propuestos, el que recibe el mandato de los electores y el que debe, por tanto, en caso de necesidad, sustituir con otros en el desempeño de los cargos representativos, a aquellas personas que han perdido su confianza» (59). Y ello porque los partidos políticos «no son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre aceptación de los estatutos y, en consecuencia, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal libre, forman parte del partido» (60). Éste es el pilar básico sobre el que se asienta la jurisprudencia constitucional sobre la representación.

Cierto es que el Tribunal concede importancia al binomio electo-partido político, y así ha puesto de manifiesto la relevancia jurídica de la adscripción política de los representantes (61), pero esa importancia es relativa si la comparamos con la trascendencia que otorga a la relación elector-electo. En su última jurisprudencia, sigue manteniendo que el artículo 23.2 CE «ha sido interpretado en reiteradas ocasiones por parte de este Tribunal como creador de una vinculación inmediata entre electores y elegidos, que no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos por tratarse de un mandato libre (STC 10/1983). Es, pues, evidente que la Constitución española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo» (62).

(57) STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2.

(58) STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3.

(59) STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 4.

(60) STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3.

(61) STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2. En el mismo sentido SSTC 9/2012, FJ 4, y 246/2012, de 22 de enero, FJ 5.

(62) STC 246/2012, 2 de diciembre, FJ 5. Resume así el Alto Tribunal en 2012 su jurisprudencia anterior explicitada, entre otras, en las SSTC 5/1983, 10/1983, 16/1983, 20/1983 y

El escaño, en la actualidad y para el Tribunal Constitucional, es del representante político, no del partido político. Esta doctrina levantó muchas voces críticas con ocasión del caso Tamayo y Sáez. Hay que acabar, se dirá, con la ficción de que el escaño es del elegido, ajustarse a la realidad y otorgar dicha propiedad al partido (63). Caamaño, consciente de las dificultades que ello conlleva, atribuye el escaño no al representante ni al partido, sino a la lista electoral, y considera factible una reforma de la LOREG en este sentido. Esta opción mantiene la ficción. El elector vota a un partido determinado y no a un conjunto de personas en un orden cerrado y bloqueado. Por otra parte, atribuir la titularidad a la lista no soluciona el problema, ya que pueden producirse diferencias de criterio entre el partido y la lista, como en el caso del Ayuntamiento de Benidorm en la pasada legislatura. Todos los miembros del grupo político socialista abandonaron el partido y, contraviniendo sus órdenes, presentaron una moción de censura que, con el apoyo de un tráfuga del grupo político popular, fue aprobada.

Las agrupaciones electorales suponen una excepción a lo anterior. Aquí no hay partido sino un conjunto de personas que de forma transitoria para unos determinados comicios se organizan. En la sentencia 85/2003, de 8 de mayo, el Tribunal Constitucional puso de relieve que si bien unos y otras son instrumento de participación política, los partidos políticos lo son de la participación política de ciudadanos que les son ajenos, en tanto que las agrupaciones de electores, a su vez, lo son de los individuos que las constituyen, es decir, de los ciudadanos que se agrupan para ejercer su propio derecho de sufragio pasivo y, consecuentemente, no tienen la vocación de permanencia de un partido. En este caso, el escaño sí que podría ser atribuido a la lista.

185/1993. Claro ejemplo de que el Tribunal Constitucional mantiene los mismos postulados de siempre, y que acontecimientos como los de la Asamblea de Madrid, o de los ayuntamientos de Denia o Benidorm, unidos a las voces autorizadas de la doctrina que se han alzado reclamando cambios, no han hecho mella en él.

(63) Sobre la cuestión, *vide*, entre otros, DE ESTEBAN, Jorge (2003), donde se defiende la tesis del mandato ideológico, que implica que los representantes deben aceptar y cumplir el programa electoral; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003); GUERRERO, Enrique (2003); PÉREZ ROYO, Javier (2003); CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1991); BARREIRO, Belén y otros (2003); NAVAS SÁNCHEZ, María Teresa, y TRUJILLO, Antonio (2003): 87 y sigs. Crítico, a su vez, con dichas voces se mostró PENDAS, Benigno (2003) calificándolos de «entusiastas del mandato imperativo».

VI. LA DESPOSESIÓN DEL CARGO POR TRANSFUGUISMO

En un sistema de listas cerradas y bloqueadas, se dirá, el tráfuga conserva su representación pero pierde su representatividad. Es opinión mayoritaria que el tráfuga ha de ser despojado de su cargo. Rubio Llorente se inclina por reformar la Constitución (64), Bastida por reformar la LOREG para incluir como causa de incompatibilidad sobrevenida el abandono voluntario del partido (65), Jorge de Esteban por una reforma de la LOREG a fin de incluir en ella una cláusula que declarase que «todo elegido en la lista de un partido o coalición perdería su cargo por el hecho de cesar voluntariamente en el mismo» (66). Por su parte, Caamaño considera factible una reforma de la LOREG, sin terminar de fijar el órgano competente para conocer de tal situación, pues refiriéndose al caso Tamayo habla de la Junta Electoral Central o de la Mesa de la Cámara. Blanco Valdés, para el caso de Diputados y Senadores, se inclina por que sea el propio órgano al que pertenece el tráfuga el que lo despoje del cargo por mayoría reforzada, con una declaración de indignidad, por lo que cabe deducir que sería suficiente una modificación de los reglamentos parlamentarios (67). Se me antoja poco operativo, ya que dudo mucho que la nueva mayoría, beneficiada por el voto del tráfuga, vote a favor de dicha declaración. *¿Roma traditoribus non praemiat?* Más bien todo lo contrario. Es muy difícil que las nuevas mayorías que conquistan de este modo el gobierno municipal declaren indigno al que tan buenos servicios les ha prestado con la consecuencia que este autor anuda a esa declaración, que no es otra que la pérdida de la condición de representante popular. Ello supondría que pasaría a ocupar el puesto vacante el siguiente de la

(64) RUBIO LLORENTE, Francisco (2003).

(65) BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 216, advierte de la imposibilidad de contemplar en la reforma la expulsión ya que el Tribunal Constitucional considera ese supuesto no ajustado a la Constitución. Para CAAMAÑO estamos ante una causa de ilegitimidad sobrevenida. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1991): 273.

(66) DE ESTEBAN, Jorge (1990): 31.

(67) BLANCO VALDÉS, Roberto (2003): 50. Cita en apoyo de esta opción el punto 7 del artículo 9 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, a cuyo tenor el Diputado perderá su condición por comisión de una falta muy grave de las establecidas en el artículo 22.1.c) del presente Reglamento («el incumplimiento de la obligación de declarar por quienes hayan sido sancionados por comisión de la infracción prevista en el apartado anterior o la ocultación o falsedad de datos relevantes por su importancia económica o trascendencia social»), previo dictamen de la Comisión de Reglamento y Estatuto del Diputado, y por acuerdo de la mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno de la Cámara. Si un diputado puede ser desposeído de su escaño por faltar a la verdad sobre su patrimonio, «con mucha mayor razón podría serlo por realizar una acción que alterase el resultado electoral».

lista de la formación política por la que se presentó el tráfuga, con lo que la nueva mayoría dejaría de serlo y, en minoría, tendría que afrontar una moción de censura que devolvería todo al estado original.

La jurisprudencia constitucional se ha centrado en la expulsión y abandono voluntario del partido político. Parte de la doctrina —interpretando *a sensu contrario* la jurisprudencia constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, que establecía la desposesión del cargo por expulsión (68)—, concluyó que no se daba esa tacha de inconstitucionalidad si la causa era el abandono voluntario del partido político, siempre y cuando se previera en la legislación electoral tal contingencia (69). No soluciona el problema. El concejal, sabedor de las consecuencias de abandonar la formación política, no tomará nunca esa decisión. Por otra parte, hay que tener presente la STC 185/1993, de 31 de mayo, que claramente advierte: «es [...] evidente que la Constitución española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo».

El artículo 160.1 de la Constitución portuguesa señala que perderán la condición de diputados aquellos que «se afilien a partido distinto de aquel por el que se presentaron a las elecciones». Tampoco soluciona el problema del transfuguismo. Es posible ser tráfuga sin afiliarse a otro partido, y también afiliarse a un partido distinto del que se presentó a las elecciones sin ser tráfuga.

La solución para el caso de los independientes la da, como hemos visto, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana en su Dictamen 454/2008.

En cuanto a la expulsión, afirma Bastida que «no es constitucionalmente ilegítimo ni políticamente descabellado» que el ordenamiento prevea la pérdida del escaño en caso de expulsión (70). A esta opción se le puede objetar que un cargo representativo puede ser expulsado por circunstancias al margen de su función representativa o por hechos derivados de ésta que nada tengan que ver con la disciplina de partido y el transfuguismo. ¿Aplicamos la pérdida del escaño a todos los casos de expulsión o sólo a los casos de transfuguismo? La respuesta excede del objeto de este trabajo, pero, de entrada, cabe recordar que los partidos políticos gozan de un amplio margen de libertad para regular en

(68) STC 10/1983, de 21 de febrero.

(69) BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 216; DE ESTEBAN, Jorge (1990): 22, y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1991): 275. En el mismo sentido se manifiesta el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen 593/2009.

(70) BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 216.

sus estatutos las causas de expulsión. Dejar en manos de los partidos de forma exclusiva este poder abriría las puertas a las purgas políticas. Las causas de expulsión que conllevaran la pérdida del escaño deberían fijarse claramente en el ordenamiento jurídico, pues dicha pérdida no puede quedar al arbitrio de partidos políticos (71).

Con ocasión de la introducción en la LOREG de una causa de incompatibilidad sobrevenida mediante la reforma llevada a cabo por la LO 3/2011, de 28 de enero, parte de la doctrina defendió que era necesaria una reforma constitucional. Sin embargo, parece que dicha medida ha obtenido la bendición del propio Tribunal Constitucional (72). Si esto fuera así, en este caso también sería suficiente una reforma de la LOREG para establecer que el concejal, tras un procedimiento contradictorio, perdiera su escaño en caso de votar junto al adversario político desoyendo las indicaciones de la formación política bajo cuyas siglas se presentó en las elecciones, en una serie de casos que podrían ser, de acuerdo con lo señalado anteriormente: una investidura, una moción de censura, una cuestión de confianza o cuestiones de especial trascendencia, entendiéndose por tales aquellas sobre las que, de acuerdo con la propia LOREG, pueda el alcalde solicitar una cuestión de confianza.

Si la reforma de 2011 introdujo como causa de incompatibilidad sobrevenida la disolución del partido político bajo cuyas siglas se había presentado el cargo político a las elecciones salvo que mediara declaración expresa e inequívoca de condena, con mayor motivo se puede introducir una segunda causa de incompatibilidad sobrevenida basada en el transfuguismo (73). Mientras que en el primer caso la pérdida del escaño tiene un doble origen (mediato, en la ilegalización de una formación política por actos de apoyo al terrorismo en los que el electo podía, incluso, no haber tenido participación alguna; e inmediato, en la

(71) En este sentido, la STC 298/2006, 23 de octubre, no reconoce eficacia vinculante a los estatutos de un partido que establecen el cese en el cargo para los supuestos de baja como afiliado. Por más que voluntariamente hubiese aceptado al afiliarse dichos estatutos. Señala al respecto BASTIDA que «los partidos políticos [...] podrían gozar de legitimidad para actuar de guardianes de aquella voluntad programática popular expresada en las urnas, de acuerdo con los supuestos, requisitos y especiales garantías que estableciese el ordenamiento jurídico». BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 215.

(72) En este sentido puede verse el fundamento jurídico 14 de la STC 138/2012, en la que el Tribunal constitucional acaba loando esta medida junto con el resto de las introducidas en la reforma de la LOREG, por poner «de manifiesto la preocupación del legislador por dotar al sistema de los instrumentos jurídicos que impidan que los terroristas, o quienes los amparan y protegen, se prevalgan de los beneficios del Estado de Derecho para intentar destruirlo desde el interior de las instituciones democráticas». Toda una declaración de intenciones.

(73) Así lo propone BASTIDA «a la vista de las funciones jurídicas que el ordenamiento atribuye a los partidos políticos». BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): 216.

negativa a condenar dichos hechos); en el segundo caso, el del transfuguismo, la pérdida del cargo se debería única y exclusivamente a actos propios. De optar por esta solución lo lógico sería atribuir la competencia para resolver al mismo órgano que conoce de la actual causa de incompatibilidad sobrevenida, que no es otro que la Administración Electoral permanente. De esta manera, tras un procedimiento contradictorio en el seno del partido que finalizara con la apreciación de alguna de las causas que dan lugar a la desposesión del cargo, se pondría tal decisión en conocimiento de la Administración Electoral permanente que, a su vez, tras comprobar que se dan los presupuestos exigidos en la legislación electoral, comunicaría al interesado que su desposesión del cargo, pasando a otorgar la credencial de concejal al siguiente de la lista electoral por la que se presentó en su día el candidato desposeído. Contra dicha resolución cabría acudir a los tribunales por el procedimiento establecido para los recursos electorales, conforme al artículo 49 LOREG.

Llegados a este punto hay que ser consciente que ello supone reconocer *de facto* un mandato imperativo de partido.

Cabe, por último, hacer referencia de forma breve a una cuestión que no afecta a los concejales, mas sí a diputados y senadores de extenderse a ellos una medida similar. Se trata del papel que jugaría aquí la inviolabilidad parlamentaria. Señala la Constitución en su artículo 71 que los Diputados y Senadores gozaran de inviolabilidad parlamentaria por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su función parlamentaria. Es comúnmente aceptado por la doctrina que en las opiniones cabe incluir también los votos (74). Aunque el Reglamento del Congreso, artículo 10, guarda silencio al respecto, el Reglamento del Senado, artículo 21, sí hace referencia a los votos emitidos. La prerrogativa tiene carácter absoluto *extra* Cámara. No se puede adoptar contra el parlamentario ninguna medida por el voto emitido. Así se desprende claramente de la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la del Tribunal Supremo (75). Si esto es así, una reforma que planteara la pérdida del escaño por transfuguismo del diputado o senador exigiría también modificar el alcance de la inviolabilidad parlamentaria.

(74) Por todos, *vide* FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. (1990): 23, y ABELLÁN, A. Manuel (1992): 36.

(75) Por todas *vide* SSTC 30/1997, de 24 de febrero, y 21 de diciembre de 2004, y ATS de 29 de abril de 2003.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN. ¿PUEDE, Y DEBE, EL DERECHO SANCIONAR LA DESLEALTAD POLÍTICA? PARTIDOS POLÍTICOS Y REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA

Los partidos políticos anteponen la lealtad del cargo con el partido a la lealtad del cargo con el electorado. Olvidan que no son sino instrumentos para canalizar la voluntad política de la ciudadanía. El verdadero tráfuga es el que traiciona al electorado, pero este fenómeno es difícil de normativizar y los partidos políticos no se muestran interesados en ello, pues sólo desean atajar, cuando les conviene, la traición al partido. Este segundo transfuguismo puede ser hasta cierto punto normativizado, aunque la experiencia nos muestra que si el Pacto antitráfuguismo no funciona es por falta de voluntad de los propios partidos políticos.

Valorar el grado de lealtad o deslealtad de un cargo electo es una cuestión política no jurídica. Por ello, la única posibilidad de regular la cuestión es objetivarla lo más posible sin dejar margen al partido para apreciar discrecionalmente si se ha roto o no dicha lealtad.

Las reformas legislativas que se han producido en este campo han ido encaminadas a reforzar la autoridad del partido diluyendo el mandato representativo. Cabe recordar el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, que preveía el cese del cargo en caso de dejar de pertenecer al partido político que le presentó, reforma que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 10/1983, de 21 de febrero de 1983, declaró inconstitucional argumentando que violaba «el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos (art. 23.1 CE) y el de los representantes mismos a mantenerse en sus funciones (art. 23.2)» (76), por no hablar de prácticas posteriormente invalidadas por los tribunales, como las renunciaciones en blanco en poder del partido político (77). En este sentido, además de la reforma en 2003 del artículo 73.3 LBRL, podemos citar la reforma del 197 de

(76) FJ 4.

(77) *Vide* STC 81/1994, de 11 de noviembre, y SSTS de 31 de marzo de 1992, de 9 de junio de 2000 y 21 de junio de 2010. Parece que esta práctica no está totalmente erradicada, a la vista de la reciente sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valencia, 8/2013, de 14 de enero, en la que queda constatado que, en este caso, el Partido Popular exigió a los candidatos a las elecciones locales de 2011 una carta de renuncia en blanco que el alcalde presentó por registro convocando en el mismo día un pleno con carácter de extraordinario y urgente, teniendo como orden del día la puesta en conocimiento el Ayuntamiento del escrito de dimisión en cuestión, dándose la «coincidencia» de que el concejal afectado se encontraba ausente de la población a varios cientos de kilómetros siéndole imposible asistir.

la LOREG en 2011. Esta última reforma, indudablemente, reduce en mucho el valor del voto tráfuga. De entrada, impide *de facto* que pueda presentarse una moción de censura en los ayuntamientos gobernados por mayoría absoluta, lo que nos puede plantear dudas sobre su constitucionalidad (78), siendo sólo posible presentarla en aquellos en los que se gobierna en minoría o en coalición por lo que el voto del tráfuga ya no es determinante para aprobarla, aunque éste sigue poseyendo la facultad de paralizar la acción de gobierno. La reforma, pues, soluciona sólo parte del problema.

Nuestro sistema adolece de grandes defectos (79). Nuestros partidos políticos se han caracterizado por una deficiente democracia interna. La reforma para atajar el transfugismo ha de enmarcarse en otra reforma, mucho más amplia, que asegure la democracia interna de los partidos políticos dotando a nuestros representantes de mecanismos y garantías para poder expresar libremente su opinión. De lo que se trata es de redimensionar el principio de estabilidad gubernamental y permitir la libre discusión de ideas dentro del partido y grupo político. La tan deseada y necesaria estabilidad gubernamental, cuando se consigue únicamente a base de disciplina de partido, puede provocar desafección de una parte de la ciudadanía hacia las instituciones democráticas y, consecuentemente, su deslegitimación.

¿Cómo logra un partido ser todopoderoso? Entre otras formas, siendo estable y duradero en el tiempo, con una débil democracia interna, sometiendo a sus cargos representativos a una férrea disciplina, con un sistema de cooptación de los candidatos anudado a un sistema de listas cerradas y bloqueadas y con unas campañas electorales caras que sólo puede sufragar el partido. Con ello, el par-

(78) Tiene dudas FLORES JUBERÍAS sobre la constitucionalidad de la reforma, pues «es muy dudoso que una vez introducida la institución de la moción de censura, sea constitucionalmente aceptable atribuir la facultad de su interposición a unos concejales, y privar de ella a otros, que es lo que merced a su enrevesada redacción hace el nuevo artículo 197 de la LOREG. Los derechos, sean cuales sean éstos, y sean cuales sean las facultades que los vertebren, sólo pueden ser ejercidos en un marco genérico de igualdad, y esa igualdad se quiebra en este caso desde el momento en el que el legislador priva de la capacidad de interponer una moción de censura a los concejales que formen parte del mismo grupo municipal que el alcalde». FLORES JUBERÍAS, Carlos (2011): 296-297. En este sentido cabe traer a colación la STSJ Canarias (sede Las Palmas) 235/1999, de 26 de febrero, que señala, en relación con la configuración de la moción de censura antes de la reforma que «precisamente dicha configuración es la que no impide que los concejales electos, con independencia de haber sido elegidos en una u otra lista y de haber dejado voluntariamente el grupo o la lista en la que fueron elegidos, puedan plantear la moción de censura para debate y votación».

(79) Muchos de ellos puestos de manifiesto por RUBIO LLORENTE, Francisco (1993a). Consideraba en aquella época este autor que «no habiendo grandes males tampoco hay grandes remedios». Hoy, posiblemente, los males son mayores, por lo que sí estaría justificado aplicar grandes remedios.

tido asegura su dominio sobre el representante político, que está más interesado en lo que sucede *intra* partido que *extra* partido y en agradar al *establishment* para asegurarse un sitio en las listas en los siguientes comicios (80). Para Sartori la existencia de la disciplina de partido no supone, *per se*, una negación de la democracia dentro del partido, siempre y cuando se haya podido discutir y debatir antes de forma abierta en las estructuras del partido el posicionamiento a adoptar (81). Como marco teórico no hay nada que objetar, pero la tónica general es la falta de discusión y debate en el seno de los grupos municipales o parlamentarios. La uniformidad en el voto, dirá este autor, es un mal necesario pero sólo ella asegura la estabilidad del sistema (82). Logrará la estabilidad pero se corre el peligro de convertir nuestra democracia, utilizando una afortunada expresión de Caamaño, en una democracia de mesa de camilla (83). El resultado es que lo que se produce es un pseudodebate encaminado no a intentar convencer al adversario político sino, como advierte Sánchez Navarro, a exponer a la opinión pública las opiniones de cada partido (84).

Tenemos un sistema que favorece el control del partido sobre el electo y provoca la desconexión de éste con el electorado. El cargo prefiere alejarse antes del electorado que de su partido. *Semper fidelis*. Al fin y al cabo va en un lugar semioculto de una lista cerrada y bloqueada, y es el partido quien toma las decisiones para lo bueno y para lo malo. Muchos reclaman un mayor protagonismo para los electores y los electos, potenciar dicha relación en detrimento de los partidos políticos. No compartimos la opinión de De Esteban de que todo esto es cierto pero que es peor el remedio que la enfermedad (85). Las listas cerradas y bloqueadas provocan la sustitución del mandato representativo por un mandato ideológico (86). Puede ser el momento de intentar poner fin a estas perversiones del sistema. Todas las simplificaciones son malas, pero la percepción generalizada es que el electo es un mero sujeto anónimo, ocupado y preocupado, en gran medida, por no desagradar a la cúpula de su partido. En cambio, tendría que ser una persona muy cercana al electorado que fomenta y cuida durante toda la legislatura dicha relación. Los mecanismos de demo-

(80) En este sentido señalaba TORRES DEL MORAL en 1982 que las vinculaciones partidistas del representante tienden a ser más fuertes que cualesquiera otras (incluyendo las de su clase social). TORRES DEL MORAL, Antonio (1982): 14.

(81) SARTORI, Giovanni (1994): 210. *Vide* igualmente RAMÍREZ, Manuel (1979): 20.

(82) SARTORI, Giovanni (1994): 209.

(83) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2003).

(84) SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. (2003): 97.

(85) DE ESTEBAN, Jorge (2010): 25.

(86) DE ESTEBAN, Jorge (2010): 26.

cracia interna de los partidos deberían regular los mecanismos la elección de los candidatos eliminando o, al menos, atemperando, lo que Duverger calificaba de elementos autocráticos en la elección de los representantes (87). Los candidatos deberían ser elegidos de abajo a arriba y no al revés, como sucede actualmente. De paso, se terminaría con otra patología en su designación: los cuneros.

Consecuencia de todo ello: se aumentaría el debate interno en los partidos. Los partidos no serían tan rígidos (88). El elegido haría oír su voz cada vez que la opción tomada por el partido chocara con los intereses de su electorado. Se acabaría con los autómatas o la democracia de mesa camilla. Podría propiciar la aparición de una figura similar al *backbencher* propio del Parlamento británico. El parlamentario que se sienta en los escaños de atrás, que no forma parte del Gobierno ni del núcleo duro del partido, que parece tener poca influencia pero que en un momento dado muestra su disconformidad con el parecer del partido pues ha de responder ante su electorado, en su oficina radicada en su circunscripción, del voto emitido. No es raro ver en la Cámara de los Comunes que diputados del partido en el Gobierno votan contra las propuestas de éste. David Cameron lo ha sufrido en 2013 en tres ocasiones: cuando un buen número de diputados *tories* votaron en contra de la Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo; a favor de una enmienda criticando al Gobierno por no plantear un referéndum sobre la permanencia o salida de Reino Unido de la Unión Europea; y en contra de una intervención en Siria. ¿Es por ello el sistema británico inestable? La respuesta es no. Sin embargo, hay que advertir que el sistema mayoritario tampoco es el remedio a todos nuestros males en la medida en que, como se ha advertido por la doctrina, los intereses particulares y egoístas pueden sobreponerse al interés general. Si el cargo sólo está pendiente de los intereses del electorado de su circunscripción, ¿quién defiende los intereses generales?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, A. Manuel (1992): *El Estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos.

(87) DUVERGER, Maurice (1970): 128.

(88) De esta manera DUVERGER distingue entre partidos rígidos, que someten a sus representantes a una férrea disciplina de partido, y partidos flexibles, que dejan margen de maniobra a aquéllos. DUVERGER, Maurice (1970): 139.

- ALONSO MÁZ, María José (2005): «El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos», *Revista de Administración Pública*, núm. 168.
- ARRÓNIZ MORERA DE LA VALL, M. Àngels (2009): «El estatuto del concejal no adscrito y el derecho fundamental del artículo 23.2 CE», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12.
- BARREIRO, Belén y otros (2003): «La selección adversa en los partidos», *El País*, 4 de julio de 2003.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (1987): «Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (2003): «Transfuguismo y democracia en la Comunidad de Madrid», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 135.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (1991): *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados.
- (2003): «El escaño de Tamayo y la democracia de mesa camilla», *El País*, 17 de julio de 2003.
- CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (1988): «La representación como posibilidad en el Estado de Partidos», *Revista de Derecho Político*, núm. 27-28.
- DE ESTEBAN, Jorge (1982): «La Constitución y el transfuguismo político/2», *El País*, 6 de agosto de 1982.
- (1990): «El fenómeno español del transfuguismo político y jurisprudencia constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70.
- (2003): «El escaño no es del diputado», *El Mundo*, 26 de junio de 2003.
- (2009): «Los vicios de la democracia (III)», *El Mundo*, 30 de septiembre de 2009.
- (2010): «Mitos, posibilidades y realidades de la reforma electoral» *Foro*, Nueva Época, núm. 11-12.
- DE VEGA, Pedro (1985): «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44.
- DUVERGER, Maurice (1970): *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Ariel.
- FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO, Encarnación (1989): «Crónica de la Asamblea Regional de Murcia: un año de actividad», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P. (1990): *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*, Civitas.
- FLORES JUBERÍAS, Carlos (2011): «Si no puedes eliminarlo, neutralízalo: la cuestión del transfuguismo en la LOREG», en ÁLVAREZ CONDE, Enrique; LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, Alicia J.; SANJUÁN ANDRÉS, Francisco (dirs.), *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua*, Universidad Rey Juan Carlos, Instituto de Derecho Público.
- GARCÍA ROCA, Javier (2009): «Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato», en SANTAOLAYA MACHETTI, Pablo, y CORONA FERRERO, Jesús M.^a (dirs.), *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Civitas.
- GUERRERO, Enrique (2003): «Patologías institucionales en Madrid», *El País*, 27 de junio de 2003.

- PÉREZ ROYO, Javier (2003): «El Plan B», *El País*, 27 de junio de 2003.
- KELSEN, Hans (1934): *Esencia y valor de la democracia*, Labor.
- NAVAS SÁNCHEZ, María Teresa, y TRUJILLO, Antonio Javier (2003): «Normativa sobre el transfuguismo en los Reglamentos parlamentarios autonómicos», *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 14.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003): «El fraude de las elecciones: autocrítica y crítica», *El País*, 27 de junio de 2003.
- PENDÁS, Benigno (2003): «Alcalde y Presidente», *ABC*, 28 de junio de 2003.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (1998): «La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 271.
- RAMÍREZ, Manuel (1979): «Teoría y práctica del grupo parlamentario», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 11.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1993a): «Los españoles y sus partidos», *El País*, 21 de mayo de 1993.
- (1993b): «Los tránsfugas no son tan malos», *El País*, 6 de octubre de 1993.
- (2003): «Vernos como somos», *El País*, 21 de junio de 2003.
- SARTORI, Giovanni (1994): *Ingeniería constitucional comparada*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. (2006): «Representación nacional y grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados», *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 12.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2002): *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1982): «La crisis del mandato representativo en el Estado de Partidos», *Revista de Derecho Político*, núm. 14.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el tratamiento que en el ordenamiento español se ha dado a un fenómeno calificado de patología: el transfuguismo político. Concejal tránsfuga y concejal no adscrito no son términos completamente coincidentes. El tránsfuga lleva aparejado un elemento subjetivo que es la deslealtad política que puede no darse en el no adscrito y que supone poner su voto a disposición de la oposición. El artículo 73.3 LBRL regula la figura del concejal no adscrito. Es un precepto confuso que necesitaría ser reformado. Por otra parte, si se quiere erradicar de raíz esta patología la única manera es desposeyendo al tránsfuga del cargo representativo. Ello exige, en opinión del autor, una reforma constitucional y supone el enterramiento definitivo de la teoría clásica de la representación asumida por el Tribunal Constitucional español. La cuestión es si el Derecho debe sancionar la deslealtad política cuando no existe en los partidos políticos una verdadera voluntad de erradicar este fenómeno. El partido político ejerce sobre el electo una férrea disciplina de partido. El autor se cuestiona si es el momento de aumentar el control del partido sobre el electo o, por el contrario, es el momento, de establecer

cauces que hagan posible una relación fluida y directa elector-electo diluyendo, en parte, dicha disciplina.

PALABRAS CLAVE: concejal no adscrito; transfuguismo político; mandato representativo; mandato imperativo.

ABSTRACT

This paper analyzes the treatment that the Spanish Law gives to the political defection, a phenomenon that has been described as pathological. Not attached political representatives and defectors are not overlapping terms. The word defector involves a subjective element of political disloyalty that doesn't appear in the not attached representative. Article 73.3 LBRL regulates the figure of not attached representatives, but in such confusing terms that it would be reformulated. In relation with defectors, to eradicate this pathology the unique form is to strip them of his public position. This deprivation requires a constitutional reform, and the final burial of the classical theory of representation, assumed by the Spanish Constitutional Court. The question is whether the Law should punish the political defection whereas the political parties are not sincerely determined to end up with it. Political parties influence strongly the freedom of the elected representatives, through the party discipline. The author questions whether it is time to increase the party's control over the elected, or, on the contrary, it is the moment of weakening the party discipline, in order to enable a more direct and fluid relation between the elector and the elected representative.

KEY WORDS: not attached political representative; political defection; representative mandate; imperative mandate.

