

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4322 *Pleno. Sentencia 30/2012, de 1 de marzo de 2012. Cuestión de inconstitucionalidad 5277-2011. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante en relación con el párrafo tercero del art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Igualdad en el ejercicio de las funciones representativas: validez del precepto legal que regula los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos; nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y administración del municipio que no forma parte del núcleo esencial de las funciones representativas de los concejales (STC 9/2012).*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5277-2011, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante en relación con el art. 73.3, párrafo tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento ordinario núm. 412-2010, tramitado ante dicho Juzgado, el Auto de 19 de julio de 2011, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 73.3, párrafo tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL), por posible vulneración del art. 23 CE.

2. Los antecedentes de la cuestión, según resulta del Auto de planteamiento y de la documentación adjunta, son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En sesiones de 2 y 26 de octubre de 2009, el Pleno del Ayuntamiento de Benidorm adoptó, entre otros acuerdos, los relativos al nombramiento de representantes de la corporación en órganos colegiados competencia del Pleno, a las retribuciones e indemnizaciones a percibir por los miembros de la corporación, a la creación y composición de las comisiones informativas permanentes, y al nombramiento de los Tenientes de Alcalde.

b) Previa solicitud de información sobre los expresados acuerdos, el Conseller de Solidaridad y Ciudadanía de la Generalitat Valenciana requirió con fecha 8 de febrero de 2010 al Ayuntamiento de Benidorm para que en el plazo de un mes modificara, anulara

o revocara los referidos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento, en particular, para que procediera a la disolución del Grupo municipal Socialista así como a la anulación de todos los derechos políticos y económicos de los miembros no adscritos.

c) Al no ser atendido el expresado requerimiento, el Abogado de la Generalitat Valenciana interpuso con fecha 6 de mayo de 2010 recurso contencioso-administrativo contra dichos acuerdos. En la demanda se argumentó que en los mismos se nombra para ocupar determinados cargos municipales a una serie de concejales que se dicen integrados en el Grupo municipal Socialista cuando, siempre conforme a la demanda, dichos concejales, que apoyaron la previa moción de censura, habrían abandonado la formación política en la que fueron elegidos y deberían ser considerados concejales no adscritos en razón de que en la Comisión de seguimiento del pacto antitransfuguismo (acuerdo sobre el código de conducta política en relación con el transfuguismo de las corporaciones locales, firmado el 7 de julio de 1998, renovado por nuevos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y de 23 de mayo de 2006) se recogió la denuncia del Partido Popular y del Partido Socialista Obrero Español frente a la aprobación de una moción de censura en el Ayuntamiento de Benidorm «en la que sale elegido un alcalde ex concejal del PSOE con los votos a favor de 12 ex concejales del PSOE y de un ex concejal del PP». Como se ve, señala la demanda, esa misma situación de concejal no adscrito se predica de J.B.P., concejal que abandonó el grupo popular en el que fue elegido y que, posteriormente, también apoyó la referida moción de censura.

El recurso se fundamenta en la supuesta vulneración del párrafo tercero del art. 73.3 LBRL, precepto que, al disponer que los concejales no adscritos no pueden tener derechos políticos y económicos superiores a los ostentados en el grupo al que pertenecían, sería aquí de aplicación. En tal sentido la demanda señala que, como consecuencia de las modificaciones en la organización municipal introducidas por los dos acuerdos impugnados, los concejales integrados en el denominado Grupo municipal Socialista y el concejal no adscrito disfrutaban de derechos políticos y económicos superiores a los que les corresponderían si realmente fueran considerados no adscritos.

d) Personados en el proceso diversos concejales del Ayuntamiento de Benidorm, y tras el desarrollo de los trámites de prueba y conclusiones, estando el recurso pendiente de dictar sentencia, el órgano judicial, en providencia de 18 de mayo de 2011, acordó dar traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo de diez días, a fin de que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad referida al párrafo tercero del art. 73.3 LBRL en cuanto el mismo «podría contravenir el art. 23.1 CE, al limitar el acceso del concejal no adscrito a un nuevo proyecto de gobierno municipal».

El Abogado de la Generalitat Valenciana manifestó su parecer contrario al planteamiento de la cuestión por entender que el precepto no afectaba al núcleo esencial del derecho reconocido en el art. 23 CE. La representación procesal del Ayuntamiento de Benidorm y las de dos concejales de dicho Ayuntamiento, integrados en el denominado Grupo municipal Socialista y personados en el proceso, señalaron que no procedía el planteamiento de la cuestión dado que el precepto no era aplicable al caso si bien, subsidiariamente, expresaron su parecer favorable al planteamiento en el caso de que el órgano judicial considerase que el precepto era de aplicación. Por el contrario, la representación procesal de otros dos concejales del Ayuntamiento estimó que el precepto que se cuestiona no vulnera el art. 23 CE. Finalmente, el Ministerio Fiscal consideró que el art. 73.3 LBRL no era contrario al art. 23 CE.

e) Evacuado el trámite de audiencia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante dictó Auto el 19 de julio de 2011, mediante el que acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 73.3, párrafo tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, por vulneración del art. 23.1 CE.

3. Tras exponer los antecedentes del caso y reproducir el contenido del art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), señala el Auto de 19 de julio de 2011 que la norma con rango de ley cuya constitucionalidad cuestiona es el art. 73.3, párrafo

tercero, LBRL y el precepto constitucional que se supone infringido el art. 23 CE, entendiéndose que la decisión del recurso interpuesto depende de la adecuada interpretación de los preceptos citados «al ser de directa aplicación el art. 73.3, párrafo tercero de la Ley 7/1985». Destaca seguidamente que la Generalitat Valenciana fundamenta su recurso en que los integrantes del Grupo municipal Socialista y el concejal no adscrito «abandonaron sus grupos de procedencia y constituyeron un grupo municipal con distinta denominación a la del grupo político que constituyó la formación electoral por la que fueron elegidos, con la finalidad de evitar la consideración de concejales no adscritos a grupo municipal alguno». Según el Auto la Administración demandante «concluye que el Ayuntamiento de Benidorm incurre en un claro fraude de ley, consistente en la creación de un grupo municipal con denominación distinta a la originaria para eludir la aplicación de las disposiciones que afectan a los miembros no adscritos, con infracción de lo dispuesto en el art. 73.3 de la LBRL».

A continuación, hace referencia a la doctrina constitucional en relación con el art. 23 CE, con detallada cita de la STC 10/1983, de 21 de febrero, señalando que el art. 23.2 CE no solamente consagra el derecho de acceso al cargo sino el de permanecer en el mismo y ejercerlo, centrándose la cuestión de inconstitucionalidad en este último aspecto, relativo al derecho al ejercicio del cargo de los concejales que integran el Grupo municipal Socialista y del concejal no adscrito. Con cita de las SSTC 38/1999, 107/2001 y 141/2007 señala que para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23.2 CE es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen en cada caso las normas que resulten de aplicación, si bien solamente poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa.

El órgano judicial resalta en este sentido la inconcreción del estatuto de miembro no adscrito en tanto que, como representante de la totalidad de los ciudadanos de su circunscripción, se le impide ocupar determinados cargos cuyas funciones inciden directamente sobre el núcleo de su función representativa. En el caso del concejal no adscrito indica que se le atribuye la función de Primer Teniente de Alcalde, asumiendo un derecho político superior al que le correspondía en su grupo de pertenencia. Del mismo modo, afirma el Auto, «los integrantes del Grupo Municipal Socialista, todos ellos ex concejales del PSOE, no podrían ostentar derechos económicos y políticos superiores a los que tenían en el grupo de procedencia, es decir, no podían percibir retribuciones superiores a las que tenían con anterioridad, pese a haber asumido el gobierno municipal... siendo preciso además determinar si es admisible que los integrantes del Grupo municipal socialista constituyan dicho grupo, sin asumir la condición de miembro no adscrito, en los términos establecidos en el art.73.3 LBRL».

Hace referencia seguidamente a la postura del Ministerio Fiscal, que se opuso al planteamiento de la cuestión invocando el contenido de la STC 169/2009, señalando que el supuesto analizado en la misma difiere del que nos ocupa, en el que la esencia de su duda de constitucionalidad se materializa en si el diferente trato que el art.73.3 LBRL dispensa al concejal no adscrito y a los integrantes del Grupo municipal Socialista «está justificado en la diferente situación en la que se encuentran los mismos, al haber abandonado los grupos políticos constituidos por la formación en la que concurren a las elecciones del municipio de Benidorm».

Por todo lo expuesto, el órgano judicial estima que procede plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 73.3 LBRL.

4. Mediante providencia de 7 de noviembre de 2011, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, reservando para sí el conocimiento de la misma, y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme al art. 37.3 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse y formular las alegaciones que

estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2011 («BOE» núm. 279).

5. Por medio de escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 18 de noviembre de 2011, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el presente proceso y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado en este Tribunal el 29 de noviembre de 2011, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado la personación en dicho procedimiento y el ofrecimiento de su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El Abogado del Estado se personó ante este Tribunal, en nombre del Gobierno, a través de escrito presentado el 1 de diciembre de 2011, en el que pidió la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. Comienza señalando la existencia de doctrina constitucional sobrevenida, pues a la STC 169/2009, de 9 de julio, hay que añadir la STC 20/2011, de 14 de marzo, cuya doctrina reiteran otras muchas posteriores. Y con apoyo en esa doctrina (principalmente la contenida en la STC 169/2009, FJ 4), alega que mediante el primer inciso del párrafo cuestionado el legislador persigue «la satisfacción de un interés legítimo». La regla de cuya constitucionalidad duda el Juez cuestionante recoge una medida anti-tránsfugas, cuya finalidad es que, respetando el núcleo de sus funciones representativas, el tránsfuga no se beneficie de un modo de proceder que claramente perturba el buen y estable gobierno de las Administraciones locales, y —al menos en un porcentaje significativo de casos— va asociado a conductas impropias y, en ocasiones, delictivas.

Por otra parte, pone de relieve que no hay armonía entre los argumentos del Auto de planteamiento de la cuestión. Así, la «inconcreción» o «indefinición» del estatuto de los concejales no adscritos conlleva un reproche contra el precepto cuestionado que puede constituir tanto una crítica por mala técnica legislativa (aspecto ajeno al control de constitucionalidad) como una censura por infracción del principio de seguridad jurídica, ex art. 9.3 CE, precepto no invocado en el Auto de planteamiento. Sin embargo, el propio órgano desmiente el reproche, pues, al anticipar las consecuencias de aplicar el párrafo tercero del art. 73.3 LBRL, demuestra que no plantea dificultades especiales de interpretación ni de aplicación. Y en cuanto a la descripción de la duda del fundamento 5, entiende el Abogado del Estado que no expresa ningún fundamento de inconstitucionalidad, al limitarse a describir el contenido del precepto cuestionado, cuya razón se encuentra en la finalidad del legislador de no dar alicientes al transfuguismo en beneficio del buen gobierno local y de la honradez política, como valor que debe protegerse en la relación entre representantes y representados, siendo el logro de una «más correcta y adecuada articulación» de la representación legítima un fin constitucionalmente legítimo y hasta loable (por todas, STC 163/2011, FJ 7).

El Abogado del Estado analiza a continuación si es cierto que la posibilidad de optar a un nombramiento libre del Alcalde (miembro de la Junta de gobierno local, teniente de Alcalde), y la percepción de una retribución enlazada a un cargo ejecutivo con dedicación exclusiva, deben reputarse integrados en el núcleo de la función representativa de un concejal. Tras referirse a la naturaleza y funciones de los distintos órganos y cargos municipales, afirma que la respuesta, a su juicio, debe ser negativa, tal y como se desprende de las SSTC 169/2009, FJ 3, y 20/2011, FJ 4, que señalan que el núcleo esencial de las funciones representativas «se corresponde con aquellas funciones que sólo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución». Para el Abogado del Estado el núcleo de las funciones representativas para las que los concejales han sido elegidos se condensa en participar en la actividad de control del ejecutivo o gobierno municipal, deliberar y votar en el Pleno y en obtener la información precisa para ejercer las anteriores funciones. Por ello afirma que, ni por el título de acceso al cargo (nombramiento y no elección), ni por el contenido

de sus funciones, puede afirmarse que la posibilidad de optar a ser nombrado miembro de la Junta de gobierno local o teniente de Alcalde con delegación en algún ramo de la administración municipal se integre en el núcleo esencial de la función representativa de los concejales.

8. El Fiscal General del Estado, por escrito registrado el 12 de diciembre de 2011, pidió que se dictase Sentencia desestimando la cuestión de inconstitucionalidad. Tras una extensa exposición de las circunstancias del caso, se refiere en primer lugar a la concurrencia de los presupuestos procesales, realizando algunas precisiones. Así, de un lado, señala el defecto en la referencia al art. 23.1 CE como precepto vulnerado que figura en la providencia de audiencia y que se mantiene también en la parte dispositiva del Auto de planteamiento, a pesar de que afecta a la totalidad del art. 23 CE, según resulta del contenido sustancial de la fundamentación del Auto. De otro lado, indica que la parte dispositiva no incorpora directamente la norma jurídica objeto de la cuestión, sino que hay que acudir a la fundamentación jurídica para concretarla, y, por último, que la explicación en la providencia de audiencia sobre la eventual contradicción se realiza de forma genérica, afirmando que se podría contravenir el art. 23.1 CE «al limitar el acceso del Concejal no adscrito a un nuevo proyecto de gobierno municipal», mientras que la del Auto de planteamiento se centra en un aspecto más específico. No obstante, entiende el Fiscal que las alegaciones de las partes y del Ministerio público se refirieron a la cuestión efectivamente planteada por el órgano judicial, tanto en cuanto al precepto cuestionado como en relación al precepto constitucional vulnerado que no se limita al apartado 1 del art. 23 CE, sino a éste en su conjunto. Por tanto, la duda resultó suficientemente identificada y no se impidió a los intervinientes conocer y responder a los términos de la cuestión planteada. Estaríamos pues ante una mera indeterminación relativa no provocadora de la inadmisión, por lo que, con una interpretación flexible de los requisitos de planteamiento de la cuestión, entiende el Fiscal General del Estado que puede tenerse por válida la concurrencia de los presupuestos procesales necesarios.

En cuanto al fondo del asunto, y, partiendo de la doctrina sentada en diversas Sentencias de este Tribunal, en especial la STC 231/1998, de 1 de diciembre, expone que el derecho contemplado en el art. 23 CE incorpora el principio de igualdad, y que es un derecho de configuración legal. Pero añade, recordando la STC 298/2006, de 23 de octubre, que la remisión del constituyente a «los requisitos que señalen las leyes» no significa que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho sea el que en cada caso resulte de la legislación vigente; el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos se impone también, en su contenido esencial, al legislador, de tal manera que éste no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo. A continuación señala que según doctrina del Tribunal Constitucional sólo tienen relevancia constitucional los derechos y deberes que afectan al núcleo de la función representativa y cita en este sentido la STC 39/2008, de 10 de marzo, y la STEDH de 2 de marzo de 2010 (Sección Tercera) en relación con el art. 3 del Protocolo núm. 1, adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y, en el mismo sentido, cita la STC 169/2009, de 9 de julio, que, con relación a los miembros de una corporación provincial, destaca aspectos que forman parte del núcleo fundamental de la función representativa, como el participar en la actividad de control del gobierno provincial, participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y obtener la información necesaria para poder ejercer las funciones anteriores, criterio que resulta mantenido en la STC 20/2011, de 14 de marzo, FJ 4. Asimismo, con cita de esta misma Sentencia, se refiere el Fiscal a las comisiones informativas, destacando su trascendencia, a pesar de que su función no sea la de adoptar acuerdos, por lo que «la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas», por lo que incide «en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal», lo que no implica que su voto compute igual que el de los miembros

adscritos, porque disfrutarían de una posición de sobrerepresentación. Por último, destaca el Fiscal la función de los partidos políticos como instrumentos fundamentales de participación política de los ciudadanos (STC 31/1993, de 26 de enero).

A la luz de la doctrina citada, el Fiscal General del Estado realiza las siguientes consideraciones:

a) El origen del precepto impugnado, el párrafo tercero del art. 73.3 LBRL, se remonta al acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales, que se firmó por la práctica totalidad de los partidos políticos con fecha 7 de julio de 1998, y que fue renovado por nuevos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y 23 de mayo de 2006.

b) El precepto cuestionado establece un marco regulador y restrictivo de carácter general, pero la mera previsión del mantenimiento —no superación— del contenido político y económico de las funciones de concejal no comporta necesariamente una limitación vulneradora del precepto constitucional.

c) La doctrina constitucional sólo admite la posible vulneración del derecho cuando afecta al núcleo esencial del mandato representativo, de forma que éste no resulte desnaturalizado, y, así, admite la posibilidad de una regulación diferenciada para los miembros no adscritos. El propio art. 73.3 LBRL contempla algunos supuestos limitativos no impugnados como son: el párrafo primero, en cuanto prohíbe la integración de los no adscritos en un grupo político; y, el apartado 6, en cuanto que, en caso de abandono de un grupo político por parte de la mayoría de sus componentes, los que permanezcan siguen manteniendo las prerrogativas que corresponden al grupo político.

d) Las restricciones responden a un fin legítimo y son adecuadas y proporcionadas. La actitud del transfuga, que, aun ejerciendo su derecho individual, altera el equilibrio de fuerzas derivado del grupo político con el que había concurrido a las elecciones, otorgando con su conducta la mayoría a otro grupo hasta ese momento minoritario, altera, aun en un segundo nivel, la representación democrática, pues la votación a un determinado partido político se efectúa no sólo por la calidad de las personas que lo integran en las listas electorales, sino por la perspectiva política e ideológica que representan. Por tanto, la regulación cuestionada no vulnera el principio de proporcionalidad ni establece una limitación de las funciones representativas de los concejales no adscritos en términos contrarios al art. 23.2 CE.

e) En este caso, algunas de las modificaciones del *status* del concejal —como la dedicación exclusiva y su percepción económica, o la imposibilidad de constituir grupos políticos— están expresamente excluidas del contenido fundamental representativo. Otras están expresamente respetadas y forman parte del contenido esencial, como la integración en las comisiones informativas, pero con respeto del principio de proporcionalidad. Y, finalmente, los aspectos a que se refiere concretamente el Auto de planteamiento —pertenencia a la Junta de gobierno local, designación como teniente de Alcalde y la asunción de funciones por delegación— no están incluidas en el núcleo básico del mandato representativo y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del Alcalde. En suma, la situación de desventaja que propugna el Auto de planteamiento no se produce, porque se trata de restricciones que no afectan al núcleo representativo.

f) Del marco general del art. 73.3, párrafo tercero, LBRL, no se deriva directamente una restricción que afecte al núcleo esencial de la función representativa, ni impone un contenido excluyente de cualquier decisión necesaria para el funcionamiento del Ayuntamiento, sino que somete el desempeño del cargo a ciertas condiciones. Cuestión distinta será si la aplicación concreta del precepto cuestionado puede constituir algún tipo de vulneración constitucional por afectar al contenido esencial del art. 23 CE. Porque, en definitiva, la cuestión planteada no está tanto en la posible confrontación del párrafo tercero del art. 73.3 LBRL con el art. 23 CE, sino en la aplicación concreta de aquél, lo que no es materia del presente procedimiento, ya que se trata de interpretar si los actos de aplicación concreta pueden o no lesionar un derecho fundamental bajo la cobertura del art. 73.3 LBRL, pero no implican la inconstitucionalidad de un precepto que otorga

cobertura a actos perfectamente ajustados a la Constitución. Se trata, por tanto, de una cuestión de límites entre el contenido de los acuerdos y el precepto cuestionado, no entre éste y la Constitución. Y, como señala el ATC 466/2006, de 19 de diciembre, la cuestión de inconstitucionalidad no puede constituir un cauce consultivo.

9. Por providencia de 28 de febrero de 2012, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 1 de marzo del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante ha promovido cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 73.3, párrafo tercero, de la Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL), por considerar que puede vulnerar el art. 23 CE, en el procedimiento abierto como consecuencia de un recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana contra determinados acuerdos del Ayuntamiento de Benidorm, de los que se ha dado cuenta en los antecedentes de esta resolución. Considera el órgano judicial que tal vulneración se produciría porque al concejal no adscrito, que representa a la totalidad de los ciudadanos de su circunscripción, se le impide ocupar determinados cargos cuyas funciones inciden en el núcleo de su función representativa, caracterizándose el estatuto del miembro no adscrito de la corporación por su absoluta indefinición. Así ocurriría con el concejal no adscrito al que se atribuyó la función de primer teniente de Alcalde, que asumiría un derecho político superior al que le correspondía en su grupo de pertenencia, y a los integrantes del autodenominado Grupo municipal Socialista, ex concejales del PSOE, que no podrían ostentar derechos económicos y políticos superiores a los que tenían en su grupo de procedencia, pese a haber asumido el gobierno municipal.

Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado sostienen la constitucionalidad de la norma cuestionada, pues entienden que no afecta al núcleo esencial de la función representativa de los concejales, por lo que solicitan la desestimación de la presente cuestión.

2. Antes de entrar a examinar el fondo de la cuestión, se hace preciso solventar un aspecto de la misma que ha sido puesto de relieve por el Fiscal General del Estado. El examen del Auto de planteamiento y de las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante pone de manifiesto la existencia de una diferencia entre la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y el Auto de 19 de julio de 2011. La primera menciona como precepto constitucional vulnerado únicamente el art. 23.1 CE, mientras que, en el posterior Auto, la fundamentación argumenta la infracción del art. 23 CE, centrándose esencialmente en uno de los aspectos garantizados por el mismo, como es el relativo al mantenimiento en la función o cargo público y a su desempeño, ejerciendo la función que le es propia, de acuerdo con lo que la ley disponga, si bien la parte dispositiva del Auto vuelve a referirse sólo al art. 23.1.

En este punto, no podemos obviar que la apuntada imprecisión del órgano judicial en la identificación del concreto apartado del art. 23 CE que se considera vulnerado por el art. 73.3, párrafo tercero, LBRL, no ha sido obstáculo, como ponen de manifiesto las actuaciones, para que todos los personados en el proceso *a quo* hayan situado en sus exactos términos la duda de constitucionalidad del órgano judicial y hayan podido pronunciarse sobre la posible disconformidad del precepto cuestionado con la mencionada faceta del derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE, formulando las correspondientes alegaciones. Por consiguiente, debe entenderse satisfecha la doble finalidad del trámite de audiencia según nuestra reiterada jurisprudencia: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, como es plantear una cuestión de inconstitucionalidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer con rigor la opinión de

los sujetos interesados. De otro, facilitar el examen por parte de este Tribunal de la viabilidad de la cuestión misma y del alcance del problema constitucional en ella planteado (por todos, ATC 467/2007, de 17 de diciembre, FJ 2).

3. Por otro lado, y en lo que se refiere al juicio de aplicabilidad del precepto cuestionado que se formula en el Auto de planteamiento, no cabe duda alguna en cuanto a su aplicación al concejal don J.B.P., que ostenta la condición de no adscrito, tras el abandono del grupo político con el que concurrió a las elecciones, y que, en virtud de los acuerdos municipales impugnados en el procedimiento *a quo*, ha sido nombrado primer teniente de Alcalde, además de miembro de la Junta de gobierno local, de distintas comisiones y representante de la corporación en el Consorcio de aguas potables de la Marina Baixa, a lo que se une la delegación de funciones por parte de la Alcaldía en diversas áreas de competencia municipal.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con el resto de concejales que se encuentran afectados por el procedimiento contencioso-administrativo que, según consta en las actuaciones remitidas, se hallan integrados en el Grupo municipal socialista, sin que ostenten la condición de concejales no adscritos, presupuesto indispensable para la aplicación del párrafo tercero del art. 73.3 LBRL aquí cuestionado. A pesar de ello, el órgano judicial razona que «los integrantes del Grupo Municipal Socialista, todos ellos ex concejales del PSOE, no podrían ostentar derechos económicos y políticos superiores a los que tenían en el grupo de procedencia, es decir, no podrían percibir retribuciones superiores a las que tenían con anterioridad pese a haber asumido el gobierno municipal». Esto es, implícitamente, el Auto de planteamiento de la cuestión está asumiendo la argumentación de la demanda presentada por la Generalitat Valenciana en el procedimiento contencioso-administrativo, en la que se afirma que, con incumplimiento del denominado Pacto antitransfuguismo, los concejales integrantes del Grupo municipal Socialista abandonaron la formación política en la que concurrieron a las elecciones municipales, por lo que han de pasar a la condición de concejales no adscritos, y, en tal sentido, el *petitum* de la demanda solicita la disolución del referido grupo y la declaración de los concejales que lo integran como concejales no adscritos. No obstante, el Auto no explicita razonamiento alguno sobre este particular, sino que se limita, directamente, a exponer las consecuencias que para dichos concejales tendría la aplicación de la regla del art. 73.3, párrafo tercero, LBRL, siendo así que esa aplicación pasa imprescindiblemente por la previa concurrencia del presupuesto de que los mencionados concejales ostenten la condición de no adscritos, circunstancia que, como se ha dicho, y a la luz de las certificaciones que figuran en las actuaciones, emitidas por el Secretario General del Ayuntamiento de Benidorm, no se produce.

Por consiguiente, no se han fundamentado debidamente en el Auto de planteamiento de la cuestión los motivos por los que la norma cuestionada resultaría de aplicación a este otro grupo de concejales —los integrantes del Grupo municipal Socialista—, extremo que no deriva de manera patente e inmediata de las actuaciones remitidas, sino sólo mediata o condicionadamente a que se estimen otras pretensiones articuladas en su recurso por la Generalitat Valenciana.

4. Una vez aclaradas las anteriores cuestiones, podemos proceder a dar respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas en la presente cuestión por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante. Y en este punto no podemos sino señalar que tales dudas quedaron ya resueltas por la STC 9/2012, de 18 de enero («BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2012), que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1490-2010, promovida en relación con igual precepto por el mismo órgano jurisdiccional, por las razones que constan en su fundamento jurídico cuarto, al que debemos remitirnos en conjunto. En concreto, después de señalar que no cualquier acto que afecte al *status* jurídico aplicable al representante político lesiona el derecho fundamental invocado, «pues sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa (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)», consideramos aplicable aquí la doctrina sentada por la STC 169/2009, de 9 de julio, FJ 3, en cuanto a las facultades que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial, esto es, la de participar en la actividad de control del gobierno local (provincial, en aquel caso) la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores. De acuerdo con todo ello, concluimos:

«A la luz de esta doctrina, debemos rechazar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 73.3 LBRL, propugnada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, definido en los términos ya señalados el sentido del precepto legal cuestionado, es claro que la garantía que proporciona el art. 23.2 CE no se ve vulnerada en un supuesto como el planteado por el órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad. El órgano judicial considera que el precepto cuestionado vulnera el art. 23 CE, en la medida en que impide al representante no adscrito ser elegido, por el Alcalde de la corporación, miembro de la Junta o comisión de gobierno y Teniente de Alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación pueden optar a dichos cargos. Como señala el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, los aspectos a los que se refiere concretamente el Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad —pertenencia a la Junta o comisión de gobierno y designación como Teniente de Alcalde— no están incluidos en el núcleo básico del mandato representativo y constituyen aspectos de la organización y estructura consistorial dentro de las potestades, no ilimitadas, del Alcalde. En efecto, tales nombramientos dependen de la voluntad de un tercero, el Alcalde de la corporación, voluntad que ha de ser ejercida en los términos y condiciones determinados al respecto por la Ley de bases de régimen local (arts. 23.1 y 125.1).

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

Por las mismas razones expuestas, se impone ahora la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de las consecuencias que produzca la concreta aplicación del art. 73.3, párrafo tercero, LBRL a los supuestos planteados en el Ayuntamiento de Benidorm, aspecto que, como bien señala el Fiscal General del Estado, no es materia del presente procedimiento, en el que se desarrolla un juicio abstracto de constitucionalidad, del que resulta únicamente que el precepto discutido no se opone a las previsiones del art. 23 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a uno de marzo de dos mil doce.—Pascual Sala Sánchez.—Eugenio Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.