

MODIFICACIONES SOBREVENIDAS DE LA CORPORACIÓN LOCAL: LA MOCIÓN DE CENSURA. ESPECIAL ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE ABANDONO O EXPULSIÓN DEL CONCEJAL DEL GRUPO POLÍTICO MUNICIPAL AL QUE PERTENECE EL ALCALDE.

Javier MACIÁ HERNÁNDEZ
Secretario del Ayuntamiento de Aspe (Alicante)

Trabajo de evaluación presentado al Curso monográfico de estudios superiores: El proceso electoral, gobierno local en funciones y reorganización de las corporaciones locales. CEMCI, Granada, febrero a marzo de 2015.

SUMARIO:

1. La moción de censura en la administración local.
2. Las actuaciones del Secretario de la Corporación ante la presentación de una moción de censura.
 - 2.1. Especial análisis del supuesto de abandono o expulsión del concejal del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde.
 - 2.2. La mayoría agravada del artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
3. Bibliografía.

1. LA MOCIÓN DE CENSURA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Conforme a las disposiciones de aplicación, inicialmente la Presidencia de la Corporación Local podía quedar vacante por renuncia de su titular, por fallecimiento o por sentencia firme.

La inclusión de la destitución del Alcalde por medio de la moción de censura en el sistema electoral local fue en torno a los años 80 una cuestión nada pacífica en la consolidada doctrina. Lo cierto y verdad es que en la Ley 19/1978, de 17 de julio, de elecciones locales –hoy derogada por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general- no se establecía la destitución del Alcalde, en contraposición de lo que si se establecía para la destitución de los Presidentes de las Diputaciones

Provinciales, para el que la mentada norma en su precepto 34 exigía un acuerdo plenario adoptado con el quórum especial de las dos terceras partes del número de hecho de los miembros del Pleno de la correspondiente Diputación Provincial. Ante esta exposición se pensó que no existía la posibilidad de que por medio de votación los concejales destituyesen al Alcalde. Sin embargo, se produjeron varias sentencias tanto del Tribunal Constitucional, entre otras; la Sentencia 5/1983, de 4 de febrero y la Sentencia 30/1983, de 26 de abril que entendieron que antes de la nueva legislación de de régimen local acomodada a la Constitución Española también era admisible la responsabilidad política de los alcaldes, pudiendo ser destituidos por el Pleno mediante el voto de censura adoptado por mayoría absoluta de los concejales, como del Tribunal Supremo, entre otras; la Sentencia de 14 de julio de 1983, la Sentencia de 27 de marzo de 1984, la Sentencia de 15 de marzo de 1986 y la Sentencia de 17 de marzo de 1986 que admitieron respectivamente como acuerdos válidos los producidos en los Ayuntamientos de Rincón de la Victoria, El Grove, Ceuta y Santiago de Compostela por los cuales se destituyó a los respectivos Alcaldes, así también se dictó un Auto del Tribunal Constitucional, de fecha 11 de enero de 1994 por el que se declaró inadmisibile un recurso de amparo interpuesto por un Alcalde destituido confirmando el criterio sentado por la jurisprudencia.

Esta innovación o interpretación jurisprudencial de una laguna legal se produjo con anterioridad a que se aprobara por disposición normativa, y ya fue por medio de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local donde se admitió positivamente la posibilidad de destituir al Alcalde mediante la figura de la moción de censura cuando en su artículo 22, apartado 3 se reguló expresamente la competencia del órgano colegiado Pleno para votar “*la moción de censura al alcalde*”, aunque remitiendo su regulación a la legislación electoral. Por tanto fue en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en cuyo artículo 197 donde se regula la moción de censura al Alcalde, dicha figura siguiendo lo expuesto en su Disposición Transitoria tercera no entraría en vigor hasta las siguientes elecciones. La inicial redacción del artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se limitó únicamente a regular el procedimiento para su tramitación. Dicha ambigüedad en esta inicial redacción ha puesto de manifiesto una continuada necesidad de desarrollar más el procedimiento habida cuenta de las continuas actuaciones abusivas e ilegítimas que algunos Alcaldes habían venido haciendo. Ante la parquedad inicial de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General fue la Sentencia de 15 de abril de 1993 del Tribunal Supremo la que definió como tal la moción de censura definiendo que;

“(...) la moción de censura es un control democrático que permite, tras quedar comprobada con su aprobación la formación de una nueva mayoría política municipal, la mejor organización y funcionamiento del Municipio, al sustituir ésta a un equipo que ha quedado en minoría y asumir la nueva mayoría el gobierno de la Corporación (...)”

Así también, aunque inicialmente la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General exigía únicamente que la citada moción de censura fuera suscrita por un tercio de los miembros de la corporación, la conflictividad y falta de estabilidad llevaron al legislador a modificar por medio del artículo único 63 de la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo la inicial dicción del precepto elevando a que sea la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, a los efectos de coadyuvar una mayor estabilidad política de las corporaciones. Asimismo, por medio del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales la escueta regulación inicial de la moción de censura fue desarrollada por medio del artículo 107 que estableció;

“1. La sesión extraordinaria para deliberar y votar la moción de censura al Alcalde o Presidente, se convocará expresamente con este único asunto en el orden del día.

2. La moción se formalizará por escrito presentado en el Registro General de la entidad.

3. Entre la presentación de la moción de censura y la celebración de la sesión extraordinaria deberán transcurrir, al menos, siete días. La denegación de la convocatoria, que deberá ser motivada, sólo podrá basarse en no reunir la moción los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

4. Dentro de los dos días siguientes a la convocatoria de la sesión extraordinaria, podrán presentarse en el Registro General de la entidad otras mociones de censura alternativas, que deberán reunir los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.”

Posteriormente se modificó nuevamente por el artículo único de la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, el artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General introduciendo una convocatoria automática del Pleno que debe discutirla a fin de evitar la situación en algunos casos producida de que el Alcalde no convoque el citado Pleno, obligando a los concejales interesados a interponer los recursos jurisdiccionales correspondientes.

Y finalmente la actual redacción del artículo 197.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General fue modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, modificación que persigue la finalidad de intentar evitar las mociones de censura promovidas por aquellos concejales que hubieran dejado de pertenecer al grupo político municipal constituido al inicio del mandato, mediante el incremento del número de firmas necesarias para presentar dicha moción y el refuerzo consiguiente de la mayoría absoluta requerida a tales efectos. Lo cierto es que, a pesar de que la mencionada modificación utiliza una deficiente técnica normativa que ha conllevado diversas dudas interpretativas, como mas adelante expondremos, queda clara la pretendida intención de que se respete la voluntad originaria del electorado, de hecho la Ley en su exposición de motivos y justificando la modificación para aludir a una anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo que

se ha conocido como «*transfuguismo*», y continúa la exposición de motivos exponiendo que “*Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo «tránsfugas», pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse. Se trata, en definitiva, de una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal*”.

Por ende la actual redacción del artículo 197, apartado 1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General preceptúa;

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

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

En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

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

b) El escrito en el que se proponga la moción de censura deberá incluir las firmas debidamente autenticadas por Notario o por el Secretario general de la Corporación y deberá presentarse ante éste por cualquiera de sus firmantes. El Secretario general comprobará que la moción de censura reúne los requisitos exigidos en este artículo y extenderá en el mismo acto la correspondiente diligencia acreditativa.

c) El documento así diligenciado se presentará en el Registro General de la Corporación por cualquiera de los firmantes de la moción, quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro. El Secretario de la Corporación deberá remitir notificación indicativa de tal circunstancia a todos los miembros de la misma en el plazo máximo de un día, a contar desde la presentación del documento en el Registro, a los efectos de su asistencia a la sesión, especificando la fecha y hora de la misma.

d) El Pleno será presidido por una Mesa de edad, integrada por los concejales de mayor y menor edad de los presentes, excluidos el Alcalde y el candidato a la

Alcaldía, actuando como Secretario el que lo sea de la Corporación, quien acreditará tal circunstancia.

e) La Mesa se limitará a dar lectura a la moción de censura, constatando para poder seguir con su tramitación que en ese mismo momento se mantienen los requisitos exigidos en los tres párrafos del apartado a), dando la palabra, en su caso, durante un breve tiempo, si estuvieren presentes, al candidato a la Alcaldía, al Alcalde y a los Portavoces de los grupos municipales, y a someter a votación la moción de censura.

f) El candidato incluido en la moción de censura quedará proclamado Alcalde si ésta prosperase con el voto favorable de la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la Corporación.

2. Ningún concejal puede firmar durante su mandato más de una moción de censura. A dichos efectos no se tomarán en consideración aquellas mociones que no hubiesen sido tramitadas por no reunir los requisitos previstos en la letra b) del apartado 1 de este artículo.

3. La dimisión sobrevenida del Alcalde no suspenderá la tramitación y votación de la moción de censura.

4. En los municipios en los que se aplique el régimen de concejo abierto, la moción de censura se regulará por las normas contenidas en los dos números anteriores, con las siguientes especialidades:

a) Las referencias hechas a los concejales a efectos de firma, presentación y votación de la moción de censura, así como a la constitución de la Mesa de edad, se entenderán efectuadas a los electores incluidos en el censo electoral del municipio, vigente en la fecha de presentación de la moción de censura.

b) Podrá ser candidato cualquier elector residente en el municipio con derecho de sufragio pasivo.

c) Las referencias hechas al Pleno se entenderán efectuadas a la Asamblea vecinal.

d) La notificación por el Secretario a los concejales del día y hora de la sesión plenaria se sustituirá por un anuncio a los vecinos de tal circunstancia, efectuado de la forma localmente usada para las convocatorias de la Asamblea vecinal.

e) La Mesa de edad concederá la palabra solamente al candidato a la Alcaldía y al Alcalde.

5. El Alcalde, en el ejercicio de sus competencias, está obligado a impedir cualquier acto que perturbe, obstaculice o impida el derecho de los miembros de la Corporación a asistir a la sesión plenaria en que se vote la moción de censura y a ejercer su derecho al voto en la misma. En especial, no son de aplicación a la moción de censura las causas de abstención y recusación previstas en la legislación de procedimiento administrativo.

6. Los cambios de Alcalde como consecuencia de una moción de censura en los municipios en los que se aplique el sistema de concejo abierto no tendrán incidencia en la composición de las Diputaciones Provinciales.”

Por su parte el artículo 123 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que regula las atribuciones del Pleno de los municipios a que se aplica el Título X, exige en su apartado 1 b) que la votación de la moción de censura y de la cuestión de confianza sean públicas mediante llamamiento nominal en todo caso.

2. LAS ACTUACIONES DEL SECRETARIO DE LA CORPORACIÓN ANTE LA PRESENTACIÓN DE UNA MOTIÓN DE CENSURA.

De lo ya estudiado, por un lado como apuntaba el legislador con la modificación por medio de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se ha querido neutralizar todas las picarescas que se habían venido utilizando con anterioridad, para imposibilitar la censura del Alcalde, dando a través de las continuas reformas un papel singularmente protagonista al Secretario de la Corporación, de quien dependen importantísimos trámites de la moción de censura, entre otros merecen mencionar, por una parte, la función relativa a la autenticación de las firmas de los proponentes, cuando sea requerido en este sentido por los mismos, por otra, la comprobación de que la moción de censura reúne los requisitos exigidos en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, mediante la extensión de la diligencia acreditativa de dicha circunstancia, así como la relativa al deber del Secretario de la Corporación de remitir una notificación a todos los miembros de la Corporación informativa de la convocatoria automática del Pleno que se efectúa por ministerio de la Ley, con expresión de su fecha y hora en que tendrá lugar la sesión y por último la correspondiente a su función de fedatario público, mediante su presencia en el Pleno en el que se haya de discutir dicha moción, dando fe de cuanto acontece en la misma.

2.1. Especial análisis del supuesto de abandono o expulsión del concejal del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde.

En este sentido y comenzando por la importante modificación sobre las nuevas limitaciones de incremento preceptuadas por el artículo único 57 de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que entre otras cosas añade;

“(…) En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

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

Así también me refiero al último párrafo del inciso b) del artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que establece “(...)El Secretario general comprobará que la moción de censura reúne los requisitos exigidos en este artículo y extenderá en el mismo acto la correspondiente diligencia acreditativa. (...)”. Este inciso conlleva, a mi juicio, dos cuestiones, una de ellas es que si el Secretario de la Corporación no extiende la diligencia acreditativa de que la moción de censura cumple los requisitos exigidos por la Ley, ésta, aunque se presente en el Registro General, no produce la convocatoria automática del Pleno, por adolecer de un defecto esencial que impide que esta convocatoria por ministerio de la Ley se produzca automáticamente. Y la otra cuestión es que además con la nueva modificación legislativa efectuada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero produce que por parte del Secretario de la Corporación a quien le corresponde la emisión de la mentada “diligencia acreditativa” se compruebe la documentación de la moción de censura. En este sentido exponer que tenemos una primera comprobación por parte del Secretario de la Corporación que puede resultar nada fácil –y más teniendo en cuenta los nuevos requisitos para la emisión de la diligencia acreditativa- y ello porque si hasta la reforma operada en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, el legislador había optado según Sentencia del Tribunal Constitucional número 30/1993, en su Fundamento 5º que por una organización grupal del trabajo corporativo, estableciendo al efecto la obligatoria adscripción de todo Concejales a un grupo municipal, constituyendo el grupo mixto aquellos que no quedaran integrados en ningún otro grupo municipal (artículos. 23 y siguientes ROF y artículo 20.3 LBRL). De esta forma, dados los términos de esta configuración legal de la organización del trabajo de la Corporación por la que había optado el legislador, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, establecieron, “ex” artículo 23.2 CE, el derecho-deber de los Concejales de estar adscritos a un grupo político por ser obligatoria la adscripción de todo Concejales a un grupo político municipal. Y así, cuando un Concejales era expulsado del grupo político al que pertenecía o abandonaba dicho grupo, debía necesariamente ser integrado en otro grupo político, el grupo mixto, que, de no estar constituido, debía necesariamente constituirse, sin que estuviera prevista por el legislador la figura del Concejales no adscrito, sin embargo, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, introdujo en este sistema de organización del trabajo de las corporaciones locales un cambio sustancial.

En efecto, el legislador optó en esta reforma por un sistema de organización que no se basa, como antes, exclusivamente en los grupos políticos, sino que introduce también la figura del Concejales no adscrito. Y así, el artículo 73, apartado 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local dispone lo siguiente;

“(...) A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que

abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.

El Pleno de la corporación, con cargo a los Presupuestos anuales de la misma, podrá asignar a los grupos políticos una dotación económica que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y sin que puedan destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación o a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación.

Esta previsión no será de aplicación en el caso de candidaturas presentadas como coalición electoral, cuando alguno de los partidos políticos que la integren decida abandonarla.

Los grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida.

Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. En cualquier caso, el secretario de la corporación podrá dirigirse al representante legal de la formación política que presentó la correspondiente candidatura a efectos de que notifique la acreditación de las circunstancias señaladas (...)".

Con arreglo al citado precepto, la actuación corporativa de los concejales ya no se sustenta sólo en el grupo político, sino que pueden actuar también en la Corporación, por haberlo decidido así el legislador, como Concejales no adscritos cuando se den cualesquiera de los supuestos siguientes;

- 1) Que los concejales no se integren en el grupo político de la formación electoral por la que fueron elegidos.
- 2) Que abandonen o sean expulsados de su grupo de pertenencia, es decir, de su grupo político municipal.
- 3) Que la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen o sean expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones.

Respecto de este último inciso es de sentido común interpretar que el artículo 73, apartado 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local está referido no solo 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, pues una interpretación limitada solo al abandono o expulsión de la mayoría de los concejales nos llevaría a la absurda situación de que, en el supuesto de que la expulsión afectara, no a la mayoría de los Concejales de un Grupo político municipal, sino a uno solo de ellos, o a una minoría de los integrantes del Grupo, éstos podrían seguir integrados en el Grupo, lo que no resulta razonable ni lógico.

La opción del legislador estatal es, pues, clara, en los supuestos de abandono o de expulsión del Concejale del grupo político municipal o de la formación electoral que presentó la candidatura, en los que el concejal pasa a actuar en la Corporación como concejal no adscrito, siendo ésta la situación que la Ley le reconoce y sin derecho alguno a constituir un nuevo grupo.

Si lo que se produce es el abandono ciertamente –en principio- no se plantea problema jurídico, a diferencia de la expulsión ya que sin desconocer que el acuerdo de expulsión de un miembro por parte de los órganos competentes del Partido Político, de la Colación o de la Federación constituye una decisión interna y propia de éstos, siendo revisable ante la jurisdicción civil (dada su naturaleza de asociación de carácter privado), tales acuerdos tienen, no obstante, una importante repercusión en el funcionamiento y organización de los órganos municipales, ya que tales concejales expulsados “*del Partido Político, Coalición o de la Federación correspondiente*” con la mentada expulsión pasan a tener la condición de concejales no adscritos, lo que debe ser puesto en conocimiento del Pleno del Ayuntamiento con las implicaciones subsiguientes en la citada organización municipal. Así, como consecuencia de la expulsión habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan en aras a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas en los términos reconocidos.

Con tal premisa, la Corporación Local debe respetar la autonomía de organización de los Partidos Políticos, Coaliciones o Federaciones, por lo que dicha Corporación no puede entrar en el examen de la legalidad sustantiva del acuerdo adoptado por un partido político o coalición política acerca de la expulsión del concejal. Ahora bien, la entidad local tampoco deberá limitarse a comprobar únicamente que quien remite dicha comunicación del acuerdo de expulsión es efectivamente el representante del Partido Político, de la Coalición o de la Federación, sino que deberá comprobar, además, que el acuerdo ha sido adoptado por el órgano competente, a través del procedimiento establecido, pero sin entrar en el examen de la legalidad sustantiva del acuerdo de expulsión. Adviértase que tratándose de partidos políticos el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/2002 (trasladable a las coaliciones y similares de Partidos Políticos) exige en su artículo 8.3 que la expulsión y el resto de medidas sancionadoras que impliquen privación de derechos a los afiliados sólo podrán imponerse mediante

procedimientos contradictorios, en los que se garantice a los afectados el derecho a ser informados de los hechos que den lugar a tales medidas, el derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de las mismas, el derecho a que el acuerdo que imponga una sanción sea motivado, y el derecho a formular, en su caso, recurso interno.

En esta línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de marzo de 1982, (Sala de lo Contencioso-administrativo), mantuvo, en relación con el alcance de la competencia de una Corporación Local respecto de un Acuerdo de expulsión de un miembro por el Partido Político, que el Pleno de la Corporación;

“(...) está obligado a calificar o examinar si se dan los requisitos presupuestos esenciales (formalidades extrínsecas) que aparentemente legitiman la decisión interesada, pues al menos deben quedar acreditados que la decisión de expulsión o baja del partido fue adoptada por el órgano competente, a través del procedimiento establecido y mediante decisión motivada, no bastando una mera comunicación, ya que de ser así la Corporación al acordar el cese carece de datos suficientes para incorporar a su acto de cese que como se ha dicho no es de mera ejecución sino, al contrario, un acto principal y definitivo y que al afectar a los derechos de una persona ha de ser motivado...—”.

Y aún cuando en dicha Sentencia se calificó la actuación del Pleno de la Corporación Local como definitiva en el cese de la condición de concejal o vocal de la Corporación (y no como mero órgano ejecutor del acuerdo de expulsión a través de la fórmula de “darse por enterado”), evidencia el alcance de la competencia de la entidad local respecto de los acuerdos de expulsión de miembros por parte de los Partidos Políticos. Y ello dada la trascendencia que para el funcionamiento de la entidad local y de los órganos municipales tienen tales acuerdos, que afectan a los derechos de un miembro del ente local y a la organización de éste.

En la misma línea, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de diciembre de 1984, Sala de lo Contencioso-administrativo, recogió el considerando sexto de la Sentencia de instancia, en el que se decía que;

“(....) teniendo en cuenta la doctrina sentada en la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1982 según la cual ante la comunicación de un partido político a una Corporación local dando cuenta de la pérdida de la condición de miembro del mismo de una persona que ostenta un cargo electivo municipal, el órgano plenario de la Corporación está obligado a calificar o examinar si se dan los requisitos esenciales (formalidades extrínsecas) que aparentemente legitiman la decisión de baja, pues al menos deben quedar acreditados que ésta fue adoptada por el órgano competente, a través del procedimiento establecido y mediante decisión motivada...”.

Por tanto, aunque del abandono o expulsión del concejal que pasa a “no adscrito” se tome razón por parte del órgano colegiado Pleno y del que este no puede aprobar o rechazar esa expulsión sino simplemente tomar conocimiento de ello, con base en lo anteriormente citado el Secretario de la Corporación debe fiscalizar el

expediente tramitado por la Coalición, Partido o Federación comprobando la documentación acreditativa del abandono o expulsión de la correspondiente formación política solicitando, además, la documentación que acredite que el acuerdo se ha adoptado por el órgano competente de la formación política, con arreglo al procedimiento establecido, o, como mínimo, con audiencia de los interesados, y ello con la finalidad de remitir dicha documentación a conocimiento del Pleno de la Corporación Local para que, con pleno conocimiento de los hechos, proceda o no a la “toma en consideración” del concejal como concejal no adscrito y a adoptar las decisiones subsiguientes oportunas de gran importancia para la Entidad Local.

2.2. La mayoría agravada del artículo 197 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Obviamente el abandono o expulsión de un concejal miembro de un grupo municipal tiene una importantísima incidencia en la Corporación ya que de entrada supone que tanto para la solicitud como para la votación de la moción de censura que esta venga avalada por la “mayoría incrementada o reforzada” introducida por la Ley Orgánica 2/2011, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Y analizando la deficiente técnica legislativa utilizada hemos de acudir a la escasa Jurisprudencia que existe –atendiendo a que la modificación por la Ley Orgánica 2/2011, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General es de fecha 28 de enero de 2011, tenemos entre otras, las siguientes Sentencias- para intentar definir los límites sobre la concurrencia de la mentada como “mayoría incrementada o reforzada”;

Por un lado la **Sentencia número 90015/2013 de 6 de febrero del Tribunal Superior de Justicia de Asturias** en su fundamento jurídico 3º dispone;

“(…) De ahí que, ante la falta de pronunciamientos previos de otros Juzgados y Tribunales sobre el sentido que deba darse a la reforma últimamente acometida, la interpretación que se haga de la nueva redacción del precepto referido debe hacer útil la finalidad de la reforma que no es otra que evitar el transfuguismo político, lo que no se logra con la interpretación que se hace en la sentencia recurrida, en cuanto que si bien con cita de la doctrina constitucional que emana de la STC 185/1993 (RTC 1993, 185), recurso de amparo 1625/1993 , que entiende aplicable al caso, pese a reconocer que es anterior a la citada reforma legislativa, afirma que la mera suspensión cautelar de funciones y militancia no equivale a que los afectados hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Tal criterio, de persistir, soslayaría con suma facilidad la finalidad perseguida con la reforma y dejaría sin efecto práctico la previsión contenida en el precepto de aplicación tras su nueva redacción, pues resulta indudable que anular la expresión "dejar de pertenecer al grupo político" con "la expulsión de forma definitiva y firme de la formación política" hace inviable que se pueda apreciar la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el párrafo tercero del artículo 197.1, letra a) , de la LOREG, dado que el plazo perentorio para la convocatoria que el mismo artículo prevé en su letra c) " ...quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas

del décimo día hábil siguiente al de su registro ", imposibilita en la práctica que la expulsión disciplinaria de un afiliado a un partido político pueda adquirir firmeza para entonces, habida cuenta el sistema de recursos que asisten al sancionado para defender su militancia activa, que puede llegar incluso a la vía jurisdiccional, con lo que la interpretación que se hace en la sentencia ahora apelada no puede ser asumida en la medida que vincula la concurrencia del supuesto legal de mayoría especialmente agravada a la finalización del expediente disciplinario incoado a los concejales del Grupo Municipal Popular firmantes de la moción de censura. Por el contrario, debe afirmarse que la mayoría cualificada que desde la reforma operada se exige para la proposición de la moción de censura debe darse en cualquier caso en que se abandone el grupo político de pertenencia, cualquiera que sea su causa, voluntaria o por expulsión, en consonancia con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372), párrafo primero, a cuyo tenor " 3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos. (...) ", que viene a contemplar supuestos distintos a los del abandono y la expulsión de la formación política, a los que parece referirse en exclusiva la sentencia de instancia, en clara referencia al último párrafo del apartado 3 del mismo artículo 73 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local , cuando es aquí el caso que no nos encontramos todavía con un supuesto de expulsión firme y definitiva de militancia de los proponentes de la moción de censura, al tratarse de una medida cautelar o provisional de funciones, pero sí de un apartamiento cuando menos temporal del grupo político municipal de inicial adscripción que resulta ser suficiente para que opere el supuesto legal de mayoría especialmente agravada previsto en la norma (...)"

Así también otra Sentencia que se pronuncia sobre los concejales no adscritos y la moción de censura es la **Sentencia número 10268/2013, de 18 de octubre de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha** que conoce en apelación un supuesto de un concejal que accede a la corporación en sustitución de otro que había renunciado al acta de concejal y este nuevo concejal suscribe una moción de censura que es rechazada por la mesa de edad entendiéndose que como sustituía al anterior regidor que había pactado con otro grupo municipal ahora al suscribir la moción de censura se exigía la mayoría reforzada. Pues bien la Sentencia acogiendo la tesis evacuada por informe ante pregunta a la Junta Electoral Central de lo siguiente;

"Si los concejales que toman posesión una vez iniciado el mandato y que no se integran en el grupo político que constituya la formación electoral por la fueron elegidos deben ser equiparados, a efectos de formar la mayoría exigida para plantear moción de censura, a los concejales que dejen de pertenecer al grupo político al que se adscribieron al inicio de su mandato"

La Junta Electoral contesta que; *"En los términos en los que está redactado el art. 197.1.a) de la LOREG el presupuesto normativo para la modificación de la mayoría absoluta del número legal de miembros que deben presentar una moción de censura contra el Alcalde, se refiere exclusivamente a los supuestos en que un concejal forme o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde o del grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato. En consecuencia esta Junta entiende que la previsión establecida en los apartados 2 y 3 del referido precepto no resulta aplicable al concejal que no haya formado parte de ningún grupo político municipal"*.

Por tanto la sala sentencia;

"(...) El núcleo de la discusión planteado gira en torno a la interpretación que se le dé a la cualidad del concejal independiente Sr. Benedicto a la hora de apoyar la moción de censura presentada. Para los apelantes se trata de "un tráfuga" y en tal condición no bastarían los seis concejales que apoyan la moción sino uno más para cumplir con lo previsto los párrafos segundo y tercero del art. 197.1.a) de la LOREG. Sin embargo la sentencia defiende y se decanta por la tesis que patrocina el informe de la Junta Electoral Central de que basta la mayoría absoluta del primer párrafo del artículo ya mencionado (...)."

Y razona la sala;

"(...) Efectivamente, de acuerdo con la literalidad del art. 197.1 a), párrafos 2 y 3 de la LOREG, la situación del Sr. Benedicto no encaja en las previsiones de tal precepto, dictado con la sana intención de erradicar los efectos perversos del transfuguismo político, definido como acto de traición o deslealtad al partido o formación política por la que el cargo resultó elegido para pasarse al contrario con el fin de darle la mayoría de gobierno necesaria y así obtener réditos o ventajas electorales o personales. La singularidad del caso está, sin entrar a adivinar cuales fueron las verdaderas intenciones del mencionado concejal a la hora de apoyar la moción de censura, en que aun cuando formase parte de la candidatura de la Agrupación que pactó con el Partido Popular la mayoría necesaria para obtener la Alcaldía, resultó elegido de manera accidental como consecuencia de la dimisión de otro concejal de su formación electoral, incorporándose al Ayuntamiento no al inicio de su mandato sino en el curso del mismo, sin integrarse nunca en la formación política que había apoyado al Sr. Alcalde objeto de moción y sin firmar el pacto de gobierno y estabilidad que sí suscribieron sus otros compañeros de formación. No se puede considerar como renegado de un partido político bajo cuyas siglas se presentó pero del que nunca formó parte mientras gobernó y por consiguiente nunca se le pudo considerar desleal a unos compromisos de gobierno que ni ejerció (porque no ostentó poder) ni suscribió (pactos de gobierno y estabilidad política), de ahí su condición de no adscrito. En este caso dicha condición de no adscrito no tiene la connotación peyorativa que para los recurrentes les merece esa calificación, amparándose en lo dispuesto en el art. 73.3 de la LBRL, por cuanto se considera que carece de la adscripción política necesaria para ejercer responsabilidades de gobierno con la mayoría constituida a tal fin (...)".

Asimismo, en fecha 23 de diciembre de 2013, se dictó la Sentencia 337/2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Valencia, en el caso de la moción de censura interpuesta en Tavernes de Valldigna. Esta Sentencia sustanciada a través del Procedimiento Especial de Derechos Fundamentales impugnaba la decisión de la Mesa de Edad constituida en el Ayuntamiento de Tavernes de Valldigna que había decidido no tramitar la moción de censura interpuesta con el voto de una concejala que había sido expulsada del Partido Político por el que concurrió como candidata en las pasadas elecciones. El Ayuntamiento Pleno había tomado conocimiento de la expulsión, la concejala había impugnado dicho acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa obteniendo el 19 de abril (antes de la firma de la moción) la suspensión cautelar de esa expulsión. Ante tal situación mediante acuerdo del Pleno de 6 de mayo el Ayuntamiento Pleno decidió “reincorporar” a la concejala a su grupo municipal de procedencia. El 17 de mayo se suscribe la moción de censura, y la mesa de edad decide no tramitarla considerando que era preciso sumar un voto más como consecuencia de que la concejala había sido expulsada del Partido Político. Esta concejala había además impugnado ante la Jurisdicción Civil la expulsión del Partido, instando la adopción de la medida cautelar de suspensión de ese acto, siendo denegado por Auto del Juzgado de Fecha 27 de marzo de 2013. El Ayuntamiento Pleno, a la vista de este Auto, solicitó al Juzgado Contencioso-Administrativo que levantara la suspensión cautelar que había adoptado, a lo que se accedió el 3 de julio de 2013, una vez que la Mesa de Edad ya había decidido no tramitar la moción.

El Juzgado considera que para interpretar correctamente lo dispuesto en el artículo 197.1 de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General era preciso recordar precisamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que reproduce en su argumentación, y razona;

“(…) La presentación de una moción de censura al Alcalde es manifestación de una de las funciones de control que tienen los concejales respecto de la forma en que se ejerce la acción de gobierno municipal. Ahora bien, para su ejercicio es necesario cumplir los requisitos que la ley establece y que vienen enumerados por lo que aquí se refiere, al artículo 197.1.a) de la LOREG. El derecho a la presentación de la moción de censura se reconoce a los miembros de la Corporación, siempre que se cumplan los requisitos en cuanto a la mayoría exigida para su proposición y designación de candidato a Alcalde. Ahora bien, la Ley Orgánica Electoral ha introducido unos requisitos adicionales a fin de evitar los efectos perniciosos de lo que ha venido en llamar el transfuguismo político, de ahí que exija en el caso de concejales que hayan dejado de pertenecer a un grupo político por una de las causas para ello, la mayoría reforzada que exige el artículo 197.1.a) en su último párrafo.

En el presente caso, la concejala Sra. Vercher fue expulsada con carácter firme de su partido el 18 de octubre de 2012, sin que respecto a su expulsión adoptase medida cautelar alguna de suspensión. El hecho de que la concejala recurriese el acuerdo del Ayuntamiento que la describe del grupo político al que pertenecía y se

decrete la suspensión cautelar de dicha decisión, no es óbice a la interpretación sobre los requisitos exigidos para presentar la moción de censura que entendió la Mesa de Edad debían cumplirse, pues siendo que una de las concejales proponentes había sido expulsada de su partido, siendo ello causa de desaparición del grupo político al que pertenecía, es la causa la que debe prevalecer a los efectos de exigir el cumplimiento de mayores requisitos de número de proponentes de la moción de censura, pues esta y no otra es la finalidad de lo dispuesto en el artículo 197.1.a) de la LOREG, pues de entender como pretenden los recurrentes los requisitos exigidos, ello vaciaría de contenido las previsiones del citado artículo, pues habiéndose producido la expulsión, denegándose la medida cautelar de suspensión de sus efectos, el artificio de haber logrado obtener la suspensión cautelar del acuerdo del Ayuntamiento de desadscripción del grupo al que pertenecía no puede conducir a lo por ellos propugnado.

La exigencia de cumplimiento de dichos requisitos y, como consecuencia de ello, la inadmisión por la Mesa de Edad del Ayuntamiento de la moción presentada, no comporta una vulneración del derecho previsto en el artículo 23.2 del TC, pues tal derecho exige para su ejercicio el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos (...)”.

Por su parte, la **Sentencia número 28/2014 de 5 febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife** que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos del Ayuntamiento de Tacoronte de 22 de octubre de 2013, por los que se dispuso la tramitación, sometimiento a votación y aprobación de moción de censura que conllevó la destitución en el cargo de alcalde-presidente del ayuntamiento y la designación de nuevo alcalde.

En dicha sentencia se establece que;

“(...) Es reciente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, citada en el escrito de interposición del recurso, que resolvió una situación igual, pero a la inversa en tanto que se acordó no seguir adelante con la tramitación de la moción de censura, y que constituye un precedente cualificado, cuyos razonamientos son de aplicación plena al caso, lo que permite atender a una situación de seguridad jurídica cautelar sobre el caso.

Se trata la STSJ de Asturias de 06-02-2013 (JUR 2013, 95644) (rec. 180/2012), que resolvió un caso en el que se da igual razón de decidir -ratio decidendi- que en el presente caso. En la Sentencia que se cita, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias declaró conforme a Derecho el Acuerdo de la Mesa de Edad que presidió el Pleno Extraordinario del Ayuntamiento de Siero, convocado para el día 31-10-11, por el que se acordó no seguir adelante con la tramitación de la moción de censura formulada por los recurrentes, al considerar que no vulneró el derecho fundamental invocado de participación política reconocido en el artículo 23 de la Constitución (RCL 1978, 2836).

Los hechos de esta STSJ de Asturias consistieron en que cuatro concejales del Grupo Municipal Popular, que propusieron una moción de censura, fueron suspendidos de funciones y militancia, por lo que con posterioridad el día del Pleno Extraordinario

del Ayuntamiento de Siero del día 31/10/11, para el debate y votación de la moción de censura, no se mantenían los requisitos exigidos en los tres párrafos del apartado a) del artículo 197.1 de la LOREG, circunstancia que fue apreciada por la Mesa de Edad que presidía el Pleno, por lo que el Tribunal Superior de Justicia consideró que la decisión de no continuar el mismo se ajusta a la legalidad vigente.

En este caso citado, la cuestión controvertida consistió en la interpretación que deba darse al apartado tercero del artículo 197.1, letra a), de la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, al recoger que "alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato (...)".

"(...) Este STSJ de Asturias atiende a la finalidad del precepto introducido en reforma de la Ley Orgánica para evitar el transfuguismo, que expresa de la siguiente manera:

"En la cuestión objeto de debate, es de particular relevancia tener en cuenta que la redacción actual del citado artículo 197 de la LOREG, debida a la modificación por la LO. 2/2011, de 28 de enero (RCL 2011, 136) , responde a la voluntad de dificultar al máximo que aquellas mociones de censura, que se vean contaminadas con firmas de quienes pudieran haber incurrido en conductas propias del transfuguismo, prosperen. De tal inquietud se hace eco el preámbulo, apartado VII, de la referida LO. al referirse a la finalidad de la reforma en los siguientes términos " Y, el tercero - aspecto del régimen electoral-, alude a una anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo y que se ha conocido como "transfuguismo". Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo "tránsfugas», pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse. Se trata, en definitiva, de una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal"».

La Sentencia explica el criterio de la utilidad de la finalidad de la reforma:

"De ahí que, ante la falta de pronunciamientos previos de otros Juzgados y Tribunales sobre el sentido que deba darse a la reforma últimamente acometida, la interpretación que se haga de la nueva redacción del precepto referido debe hacer útil la finalidad de la reforma que no es otra que evitar el transfuguismo político, lo que no se logra con la interpretación que se hace en la sentencia recurrida, en cuanto que si bien con cita de la doctrina constitucional que emana de la STC 185/1993 (RTC 1993, 185) , recurso de amparo 1625/1993 , que entiende aplicable al caso, pese a reconocer que es anterior a la citada reforma legislativa, afirma que la mera suspensión cautelar de funciones y militancia no equivale a que los afectados hayan

dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Tal criterio, de persistir, soslayaría con suma facilidad la finalidad perseguida con la reforma y dejaría sin efecto práctico la previsión contenida en el precepto de aplicación tras su nueva redacción, pues resulta indudable que anudar la expresión "dejar de pertenecer al grupo político" con "la expulsión de forma definitiva y firme de la formación política" hace inviable que se pueda apreciar la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el párrafo tercero del artículo 197.1, letra a) , de la LOREG, dado que el plazo perentorio para la convocatoria que el mismo artículo prevé en su letra c) "...quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro ", imposibilita en la práctica que la expulsión disciplinaria de un afiliado a un partido político pueda adquirir firmeza para entonces, habida cuenta el sistema de recursos que asisten al sancionado para defender su militancia activa, que puede llegar incluso a la vía jurisdiccional, con lo que la interpretación que se hace en la sentencia ahora apelada no puede ser asumida en la medida que vincula la concurrencia del supuesto legal de mayoría especialmente agravada a la finalización del expediente disciplinario incoado a los concejales del Grupo Municipal Popular firmantes de la moción de censura. Por el contrario, debe afirmarse que la mayoría cualificada que desde la reforma operada se exige para la proposición de la moción de censura debe darse en cualquier caso en que se abandone el grupo político de pertenencia, cualquiera que sea su causa, voluntaria o por expulsión, en consonancia con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, párrafo primero, a cuyo tenor" 3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos. (...)", que viene a contemplar supuestos distintos a los del abandono y la expulsión de la formación política, a los que parece referirse en exclusiva la sentencia de instancia, en clara referencia al último párrafo del apartado 3 del mismo artículo 73 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local , cuando es aquí el caso que no nos encontramos todavía con un supuesto de expulsión firme y definitiva de militancia de los proponentes de la moción de censura, al tratarse de una medida cautelar o provisional de funciones, pero sí de un apartamiento cuando menos temporal del grupo político municipal de inicial adscripción que resulta ser suficiente para que opere el supuesto legal de mayoría especialmente agravada previsto en la norma".

4. En el presente asunto se da la situación de hecho de unos concejales de adscritos a un grupo político municipal que apoyó la designación del Alcalde, cuya moción de censura posteriormente se presenta, lo que motiva la expulsión de dichos concejales de su partido político y consiguiente pérdida de adscripción al grupo político municipal. Esta situación hace entrar en funcionamiento la exigencia legal de quorum reforzado del art. 197 LOREG.

La ley no contiene una definición del transfuguismo, que permita distinguir unas conductas de otras, sino que contiene un mandato de seguir el procedimiento de la moción de censura del Alcalde con unas mayorías reforzadas, para el caso de cambio

de apoyos de los concejales de su grupo político o de los que los grupos políticos que le apoyaron al ser nombrado, que es de lo que hay evidencia u ostensibilidad de que no se ha respetado por los actos administrativos recurridos.

En este caso la moción de censura infringe la norma aplicable en términos aritméticos de comprobación de mayoría reforzada exigible, lo que conlleva la privación del ejercicio del derecho fundamental del recurrente, como Alcalde destituido, al desempeño de dicho cargo mientras se tramite y resuelve el presente recurso contencioso-administrativo.

El derecho fundamental del demandante a permanecer en el cargo electivo de Alcalde, también da efectividad al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante elecciones periódicas. El hecho del carácter electivo temporal marca la naturaleza esencial del desempeño de este derecho fundamental, su ejercicio se consume con el tiempo del mandato electivo, por lo que la duración de un juicio no indiferente, sino trascendente.

La STSJ de Asturias de 06-02-2013 (rec. 180/2012), atiende al criterio de la utilidad de la finalidad de la reforma del artículo 197 de la LOREG, debida a la modificación por la LO. 2/2011, de 28 de enero.

La moción de censura conlleva el cambio de apoyos constitutivos del gobierno municipal, lo que forzosamente supone contrariar un pacto constitutivo, bien sea local, o bien sea local en un entorno de autonómico, pacto en definitiva, y la ley no distingue entre motivos para dicho cambio, por lo que la finalidad del precepto es que las mociones se hagan con las mayorías reforzadas que impone.

El pacto constitutivo del gobierno municipal tras las últimas Elecciones Locales de 22-05-11 es el Acuerdo entre Coalición Canaria y PSC-PSOE para formar gobiernos en la Comunidad Autónoma de Canarias y ámbitos insulares y locales, si la suma de ambas formaciones lo hiciesen posible. Dicho acuerdo fue aprobado por la Comisión Ejecutiva Regional del PSOE y ratificado por el Comité Regional del Partido, siendo conocido portados los cargos públicos del PSOE.

En consecuencia, al carecer los actos administrativos de admisión a tramitación y aprobación de la moción de censura de los requisitos legales de mayoría previstos en el art. 197.1 LOREG, resultan nulos, y la destitución del Alcalde realizada en esta moción de censura vulnera su derecho fundamental a la permanencia en el cargo público electivo, previsto en el art. 23.2 CE, por lo que procede estimar el recurso contencioso-administrativo (...).”

Por tanto una primera conclusión final es que podemos afirmar que atendiendo a la escasa jurisprudencia existente hasta el momento del presente análisis basada básicamente en la **Sentencia número 90015/2012** de fecha 6 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la **Sentencia número 10268/2013** de fecha 18 de octubre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha, la **Sentencia 337/2013** de 23 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

número 8 de Valencia, así como la **Sentencia 28/2014** de 5 de febrero del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife se tiende a dar primacía a las decisiones de las formaciones políticas -Coaliciones, Partidos Políticos, Federaciones, etc...- sobre expulsiones en el seno de su formación, bien sea expulsión definitiva o incluso cautelar de militancia, -sin perjuicio del control de esa toma de razón que hace el pleno corporativo- interpretando que, acreditada la expulsión, el concejal o la concejala queda en una situación en la que su voto no puede ser computado en la votación de la moción de censura por lo que la mayoría reforzada se incrementa, incluso -si así se da la ocasión- sin que sea preciso ni exigible que el Pleno municipal se pronuncie sobre la toma de conocimiento de la condición de concejal “no adscrito”, entre otras cosas, porque la propia Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General no lo exige y además la jurisprudencia se funda en el espíritu de la reforma llevada a cabo por medio de la Ley Orgánica 2/2011, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que no es otro que mantener la inicial intención del electorado.

No obstante en fecha 9 de abril de 2014, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó **Sentencia número 478/2013** dimanante de Procedimiento Especial para la Protección de Derechos Fundamentales sobre moción de censura en el Cabildo Insular de La Palma basándose en un Auto de medidas cautelares del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Santa Cruz de La Palma de fecha 30-01-14, que decidió la suspensión de la expulsión tanto provisional como definitiva de los concejales expulsados, manteniéndose a los afiliados en dicho partido desde el momento en que la misma se produjo y mientras dure dicho procedimiento y por tanto afirma la Sentencia que no es exigible el “quórum reforzado”. De gran interés esta última sentencia que en este caso –el mismo Juzgado que el de la moción de censura del Ayuntamiento de Tacoronte- tiene en cuenta el Auto de medidas cautelares dictado por el Juzgado de Primera Instancia referente a la expulsión -suspendiéndose la misma- no exigiendo mayoría reforzada para la moción de censura. Por lo que la segunda conclusión es que en el caso de que haya algún pronunciamiento judicial habrá que estar a lo expuesto en este.

3. BIBLIOGRAFÍA.

ALMONACID LAMELAS, Victor. *Vademécum de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales: las 600 preguntas y respuestas esenciales*, 2013, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

ALONSO HIGUERA, Carmen. *Manual del Secretario: teoría y práctica del derecho municipal*, 2002, Editorial Atelier.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. *Código Electoral*, 7ª edición, 2011, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

DIEZ SANCHEZ, Juan José. *Comentarios a la Ley de régimen local de la Comunitat Valenciana: Ley 8/2010 de la Generalitat*, 2012, Tirant lo Blanch.

- DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. *Práctica de Administración Local: formularios y documentos*, 2006, Tirant lo Blanch.
- DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. *Comentarios a la Ley básica de régimen local: (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local)*, 2003, Civitas.
- El ESTATUTO jurídico de los concejales no adscritos*, 2014, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. *Comentarios a la ley reguladora de las bases del régimen local*, 2007, Tirant lo Blanch.
- LLORCA RAMIS, Juan B. *Guía práctica del concejal*, 2011, Thomson Reuters-Aranzadi.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago *Tratado de derecho municipal* 3ª edición, 2011, Santiago Muñoz Machado, Iustel.
- REGLAMENTO de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales*, 2014, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.
- SOSA WAGNER, Francisco. *Manual de derecho local* 9ª ed. (revisada y puesta al día, 6ª en Editorial Aranzadi), 2005, Francisco Sosa Wagner, Thomson-Aranzadi.
- VADEMÉCUM de la Administración Local: las 1.040 preguntas y respuestas esenciales* 1ª edición, 2011, Fernando Castro Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados.

NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL

Alejandra MONTROY IBAÑEZ
Secretaria del Ayuntamiento de Marratxí (Balears)

Trabajo de evaluación presentado al Curso monográfico de estudios superiores: El proceso electoral, gobierno local en funciones y reorganización de las corporaciones locales. CEMCI, Granada, febrero a marzo de 2015.

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Propuestas de reforma del sistema electoral español en relación con la introducción de nuevas tecnologías de la información.
3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN.

Es indiscutible que los avances tecnológicos se han incorporado de un modo casi indispensable a los quehaceres de la vida cotidiana. Las nuevas generaciones los manejan con total naturalidad y las demás no pueden discutir que su empleo otorga mayor eficiencia a sus labores y una apreciable simplificación de las mismas. El avance tecnológico se manifiesta principalmente en tres áreas. En el de la información, las comunicaciones y la automatización. Lo anterior lo podemos apreciar en nuestra vida diaria. Nos estamos informando, ya no sólo en la radio o en la televisión si no que en internet, en los web sites y otros de similar potencial. Basta citar a Facebook, Twitter, Internet y muchos otros. Estamos usando cada día más sistemas automatizados en todo orden de aparatos de uso doméstico. Y para que mencionar el tema de la telefonía móvil tan incorporada a nuestro quehacer diario.

La incorporación de tecnologías de comunicación e información (TCI) en los procesos electorales ha generado interés y preocupación entre los electores, así como entre los especialistas alrededor del mundo.

En muchos países, la tecnología está presente en las actividades relacionadas con el proceso electoral, y en algunos casos es esencial para conducir las elecciones. Por ejemplo, la tecnología se usa para compilar las listas de electores, para diseñar la geografía electoral, para administrar y capacitar al personal, para imprimir las papeletas,

para conducir las campañas de educación al electorado, para registrar la emisión del voto, para escrutar y consolidar los resultados de la votación y para publicar los resultados electorales. La aplicación adecuada de la tecnología en las elecciones puede incrementar el margen de eficiencia administrativa, reducir los costos a largo plazo y mejorar el marco de transparencia política.

2. PROPUESTAS DE REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

Pese a que estamos tratando la introducción de las nuevas tecnologías de la información, cabe señalar que la mayor parte de las propuestas de reforma del sistema electoral español sugeridas en las casi tres décadas en que éste lleva en funcionamiento, poco tienen que ver con las posibilidades abiertas por dichas tecnologías, afectando a aspectos tan diversos como la configuración de las listas (limitando su naturaleza cerrada y bloqueada), los problemas suscitados por la –normalmente, criticada por escasa– proporcionalidad; algunos aspectos del voto por correo, del sistema de recursos, etc.

Esta constatación, unida a la igualmente mencionada evaluación globalmente positiva del sistema, puede servir sin duda como una “pista”, un dato revelador de que los principales problemas que se perciben en esta esfera tienen poco que ver con el de las tecnologías actualmente utilizadas. O, por el contrario, puede achacarse a otras circunstancias. Esta segunda opción es la que parece desprenderse de algunos de los estudios elaborados por expertos en la materia. Así, por ejemplo, la reciente Declaración Institucional del Observatorio de Voto Electrónico (OVE) afirmaba que *“el avance hacia las infraestructuras de voto electrónico está coincidiendo en el tiempo con una escasa valoración de las mismas por parte de las administraciones públicas. No parece que las autoridades electorales y las respectivas administraciones electorales se estén conduciendo con la diligencia y cuidado que cabría esperar... Se minusvalora su intenso valor político (...) Las empresas y expertos que trabajan en el desarrollo de dichas infraestructuras se tienen que enfrentar a la indeterminación de las respectivas autoridades o administraciones electorales, a sus opiniones erráticas y a un cierto nivel de improvisación en la toma de decisiones”*. No muy distintos son los diagnósticos que hacen otros textos.

Sin embargo, podría decirse que muchas veces esas imputaciones de falta de interés responden a la misma falta de concreción en el análisis, o a un análisis sesgado por la propia orientación –sin duda benevolente– de quien lo hace. Probablemente, el hecho de que en España este debate no haya alcanzado más relieve responda a una razón tan simple como que la mayor parte de los estudiosos del sistema electoral español desde una perspectiva jurídica, política o sociológica, no consideran que esta

reforma sea fundamental, que sea la más importante de las reformas posibles o, simplemente, que no la estiman suficientemente justificada como para considerarla conveniente. Esta “ausencia de demanda”, intelectual, política y social, podría explicar, por ejemplo, que en este ámbito no se haya producido una incorporación de las nuevas tecnologías para hacer posible la prestación de un mejor servicio, al modo en que ha ocurrido en otras esferas de la administración (como, por citar algún caso, en la Hacienda Pública o la Seguridad Social), cuyos responsables, en principio, no deberían ser genéricamente más o menos capaces que los competentes en materia electoral. Podría, igualmente, pensarse en una cuestión de preferencias, tan natural cuando de utilizar recursos públicos limitados se trata: se ha considerado más urgente dedicar medios a informatizar la Administración Tributaria, u otros campos, que a introducir el voto electrónico. De hecho, en España –como en otros países– no han faltado en la última década iniciativas experimentales tendentes a comprobar el funcionamiento de este tipo de mecanismos, sin que –al parecer, y al menos hasta ahora– los resultados hayan provocado el impulso necesario para avanzar mucho más hasta el punto de que alguna decisión político-legislativa en esta materia ha quedado sobre el papel, sin llegar a plasmarse en la práctica. En otras palabras, aunque “los políticos” hayan abierto la puerta a las tecnologías de voto electrónico, no han llegado a verse convencidos –o presionados– para ponerlas en marcha.

2.1. Voto Electrónico.

De cualquier forma, las propuestas para la implantación del voto electrónico en España no se enfrentan a ningún vacío, sino que han de integrarse en un marco normativo concreto. Un marco que no se agota en la mencionada Ley electoral de 1985, que nada prevé en esta materia; ya que debe considerar, igualmente, los pronunciamientos de diversas instancias europeas centradas en la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales, entre los cuales naturalmente ocupa un lugar eminente el derecho fundamental al sufragio, reconocido –aunque sea indirectamente– por el artículo 3 del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa. El Preámbulo de este Convenio resalta que la existencia de un “régimen político verdaderamente democrático” resulta necesaria para el mantenimiento de las libertades fundamentales. Y, dada la relevancia del sistema electoral en la definición de tal régimen, no puede extrañar que la cautela predomine claramente sobre el impulso de reforma. En tal sentido, cabe destacar una recentísima Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ella, tras reafirmarse la convicción de que la democracia directa y la representativa constituyen parte de la herencia común de sus Estados miembros, se subraya que “el derecho de voto es uno de los fundamentos principales de la democracia, y que, consecuentemente,

los procedimientos de voto electrónico deberán respetar los principios de elecciones y referendos democráticos”. A fin de concretar ese contexto, se reconoce, como no podría ser menos, que “en tanto nuevas tecnologías de información y comunicación están siendo crecientemente usadas en la vida cotidiana, los Estados miembros deben tener en cuenta estos desarrollos en su práctica democrática”, por lo que están empezando a usar sistemas de voto electrónico, o a considerar su uso, con diversos propósitos. Lo cual plantea preocupaciones “acerca de ciertos problemas de seguridad y fiabilidad [security and reliability] posiblemente inherentes a sistemas específicos de voto electrónico”. En consecuencia, se afirma que “sólo aquellos sistemas de voto electrónico que sean seguros, dignos de confianza, eficientes, técnicamente robustos, abiertos a verificación independiente y fácilmente accesibles para los votantes podrán construir la confianza pública que constituye un pre-requisito para el voto electrónico”. Desde ese punto de partida, las recomendaciones que se hacen no resultan excesivamente novedosas, como parece lógico por lo demás en un ámbito como éste. Concretamente, se resumen en el establecimiento del principio general de que el voto electrónico debe respetar todos los principios establecidos para las elecciones y los referendos democráticos, y debe ser tan fiable y seguro como esos referentes. Además, se señala que “los Estados miembros deberían considerar la revisión” de sus respectivas legislaciones nacionales “a la luz de esta Recomendación”; si bien, se aclara que ello no exige a dichos Estados “reformular sus propios procedimientos de voto vigentes”, en tanto estos respeten los mencionados principios democráticos. Estas recomendaciones se completan con unos – inevitablemente– largos y complejos apéndices, que señalan los estándares legales, operacionales y técnicos exigibles para la implantación del voto electrónico. Tan complejos que su primer punto, relativo a los estándares legales exigibles para garantizar el principio fundamental de la universalidad del sufragio, reza que “el interfaz del votante [the voter interface] de un sistema de voto electrónico debe ser comprensible y fácilmente utilizable”. A partir de ahí, también merece atención el punto 4, conforme al cual “a menos que los canales de voto electrónico remoto sean universalmente accesibles, supondrán exclusivamente un medio adicional y opcional de voto”. En otras palabras, el voto electrónico remoto o a distancia, sin necesidad de acudir al colegio electoral, aparece todavía como algo muy lejano, al menos como procedimiento alternativo al (a los) actualmente vigente(s). Como no podía ser de otra forma, el Consejo de Europa pone el acento en el necesario cumplimiento de los requisitos de fondo. Una vez garantizados éstos, la utilización de uno u otro procedimiento, más o menos innovador desde un punto de vista técnico, adquiere una relevancia muy secundaria desde una perspectiva estrictamente político-jurídica. Conclusiones lógicamente muy similares son las que se desprenden de otros documentos elaborados sobre esta materia desde una perspectiva análoga. Así, por

poner otro ejemplo, cabe mencionar que la “Comisión para la Democracia a través del Derecho” o “Comisión de Venecia”, también dependiente del Consejo de Europa, aprobó en marzo de 2004 otro informe “sobre la compatibilidad del voto remoto y del voto electrónico con los estándares del Consejo de Europa”. En él, tras estudiar el régimen jurídico de treinta países miembros del Consejo de Europa y afirmar la diversidad de regulaciones en esta materia se concluye que “el voto electrónico ni es generalmente admitido por los derechos humanos, ni puede excluirse a priori. Su aceptabilidad depende de los criterios legales, operacionales y técnicos establecidos en el procedimiento”. En buena parte, este informe se basa en los criterios establecidos por otro documento importante, como es el “Código de Buenas Prácticas en materia electoral”, según el cual “el voto electrónico únicamente debe admitirse si es seguro y fiable; en particular, los electores deben poder obtener confirmación de su voto y corregirlo, si es preciso, respetando el secreto del voto; la transparencia del sistema debe estar garantizada”; añadiéndose, además, que “la violación del secreto de voto debe ser sancionada”. En su “informe explicativo” (párrafos 42 a 44), estas exigencias se precisan algo más. Concretamente, señala que las técnicas de voto mecánico y electrónico “presentan manifiestas ventajas cuando simultáneamente se desarrollan varias elecciones, si bien deben adoptarse ciertas precauciones para limitar los riesgos de fraude, por ejemplo [en particular³⁹] permitiendo al elector comprobar inmediatamente el registro de su voto... para permitir la verificación y el recuento de los votos en caso de reclamación, se puede prever también que la máquina imprima automáticamente una papeleta con indicación del voto emitido y los introduzca en una caja cerrada”, oculta a la vista. En cualquier caso, “todos los métodos utilizados deben permitir garantizar la confidencialidad del voto”. Por otra parte, se define como “seguro” el sistema de voto electrónico que “pueda soportar ataques deliberados”; y como “fiable” aquél que “funciona, por sí mismo, independientemente de cualquier deficiencia en el hardware o en el software”. Finalmente, “la transparencia del sistema debe estar garantizada, en el sentido de que debe poder verificarse su correcto funcionamiento”. En definitiva, los documentos del Consejo de Europa, en el ejercicio de su misión fundacional de defensa de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de la democracia parlamentaria, vienen a constatar que el tratamiento de esta materia no puede estar sometido a criterios tecnológicos, sino esencialmente jurídico-políticos. Y, en tal contexto, la incorporación de las nuevas tecnologías a los diversos sistemas electorales no puede considerarse, ni mucho menos, como un imperativo. Por el contrario, y pese a reconocerse las posibilidades que tales desarrollos tecnológicos implican, se insiste especialmente en la necesidad de que cualquier modificación respete escrupulosamente unos criterios materiales (secreto del voto, transparencia del sistema, verificabilidad y control) cuya lesión pondría en grave peligro la base misma de los sistemas democráticos.

De cuanto hasta aquí se ha expuesto se desprende nítidamente que la propuesta de introducir un procedimiento de voto electrónico en el sistema electoral español resulta, hoy por hoy, poco atractiva, al menos como alternativa integral al procedimiento vigente. Poco atractiva porque, de hecho, y una vez superada la inicial –y lógica– fascinación por las nuevas tecnologías, no parece atraer a la mayor parte de quienes se dedican a estudiar esta materia. Poco atractiva porque se plantea respecto de un sistema que funciona correctamente, con transparencia y eficacia. Poco atractiva porque los problemas que plantea afectan, precisamente, al núcleo de las cuestiones que el sistema electoral tiene que resolver en el conjunto del sistema político. Poco atractiva porque, en definitiva, los riesgos aparentes parecen superar claramente, al menos a primera vista, a las posibles ventajas u oportunidades que podrían derivarse de su aceptación. Ello, naturalmente, no implica una valoración aplicable con carácter general a todos los sistemas electorales, ni siquiera a todos los niveles electorales concebibles. En otras palabras, existen otros países donde –por razones de todo tipo– tal alternativa puede ser perfectamente aceptable. Es más: seguramente esta alternativa responda perfectamente a las exigencias de otros ámbitos electorales, en los que no esté en juego tan directamente la fundamentación misma del sistema político. Existen numerosos ejemplos de exitosa aplicación de procedimientos de voto electrónico en otros ámbitos (profesional, empresarial, educativo, incluso sindical), y en absoluto resultaría descabellado plantearlo en otras esferas (como la local), si bien ello requeriría un análisis más profundo que tuviese en cuenta la especificidad de cada una de ellas, y las diferencias respecto de la más estrictamente política.

2.2. Otras propuestas de Reforma del Sistema Electoral, mediante la Incorporación de las Nuevas Tecnologías.

De cualquier modo, resulta evidente que la posible desconfianza provocada por la incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento electoral desaparece, al menos en gran parte, si se propone respecto de otros elementos del mismo. Al fin y al cabo si, como decía al iniciar estas páginas, tan importante es para el buen funcionamiento del sistema el mecanismo de emisión y escrutinio del voto como el resto del procedimiento, nada impide centrar la reflexión en aquellos aspectos de este último que puedan verse mejorados mediante la “simple” incorporación de soluciones técnicas más eficaces, capaces de resolver problemas concretos de manera más ágil, pero sin riesgo para esos elementos “intangibles” del sistema globalmente considerado, como son la transparencia, la seguridad y la confidencialidad del voto. Un aspecto que posiblemente se ha descuidado precisamente por el interés desplegado en las propuestas relativas al voto mismo, y que –en este caso, seguramente sí– contrasta con el avance

experimentado en otras áreas de la Administración, en las que no existían las mismas exigencias inherentes al voto, y en particular la de confidencialidad. Y un aspecto que, también seguramente, se verá potenciado a partir de la –al parecer, muy próxima– implantación del “DNI digital”, que contribuirá a familiarizar a la mayor parte de la población con unos instrumentos y con unas técnicas de identificación que, llevadas al ámbito concreto que ahora nos ocupa, serán sin duda muy útiles. Por consiguiente, y adoptando esta perspectiva “constructiva”, creo que sí resulta posible apuntar algunos aspectos en que la aplicación de nuevas posibilidades tecnológicas podría conseguir de manera inmediata una mejora sustancial del procedimiento electoral y, por tanto, de la legitimidad global del sistema, simplemente eliminando disfuncionalidades o flexibilizando requisitos y plazos que posiblemente hoy hayan perdido buena parte de su justificación, y que en ocasiones pueden representar obstáculos para la participación ciudadana. Ello no implica, naturalmente, abandonar la cautela: como se ha dicho antes, la desconfianza resulta, incluso en estas esferas “secundarias”, destructiva, y muchas veces las nuevas tecnologías, al crear dominios reservados a los expertos, reducen la transparencia y facilitan así las interpretaciones maliciosas. De esta manera, y por supuesto sin ánimo alguno de exhaustividad, a mi juicio estas reformas “tecnológicas” podrían encontrar campo abonado para su fructífera aplicación en ámbitos como el del censo electoral o el del voto por correo, que de una u otra forma sí han planteado diversos problemas en la práctica democrática española. Otro tanto podría decirse, con toda seguridad, de otros momentos del procedimiento electoral, pero baste ahora detenerse en éstos que (insisto, siempre según mi personal, y por lo tanto absolutamente discutible criterio) pueden abrir un camino que merecería la pena explorar con mayor profundidad.

a) El censo electoral.

Así, en un primer ejemplo, podría ser fructífera la revisión, a la luz de las nuevas posibilidades tecnológicas, del funcionamiento de un elemento tan básico en el proceso electoral como es el censo. Un aspecto muchas veces ignorado por los debates políticos, pero cuya relevancia social y política se pone de manifiesto cada vez que se registran errores significativos, ya sea por su cantidad o por afectar a personas relevantes. Y cuya centralidad jurídica trasluce su ubicación sistemática en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG). En efecto, su artículo segundo, al regular el “derecho de sufragio activo”, dispone que “para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente”, tomándose como referencia para esta vigencia “el cerrado el día primero del mes anterior al de la fecha de la convocatoria” de las elecciones (arts. 2.2, 34.2 y 39.1). Pues bien, cualquier conocedor del funcionamiento práctico del sistema sabe que uno de los problemas que habitualmente suelen plantearse

durante las votaciones es el de electores que, por algún error, no aparecen inscritos en el censo electoral. En principio, la legislación electoral prevé, para reducir al máximo tales errores, una serie de mecanismos. Así, en primer lugar, “los Ayuntamientos y Consulados estarán obligados a mantener un servicio de consulta de las listas electorales vigentes de sus respectivos Municipios y demarcaciones durante el plazo de ocho días, a partir del sexto día posterior a la convocatoria de las elecciones” (39.2). Una consulta que, como dispone el nuevo párrafo segundo de este artículo, tras su reforma por la Ley Orgánica 1/200342, “podrá realizarse por medios informáticos, previa identificación del interesado, o mediante la exposición al público de las listas electorales, si no se cuenta con medios informáticos suficientes para ello”. Durante ese período, “cualquier persona podrá formular reclamación dirigida a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre sus datos censales”, la cual “en un plazo de tres días, resolverá las reclamaciones presentadas y ordenará las rectificaciones pertinentes, que habrán de ser expuestas al público el decimoséptimo día posterior a la convocatoria”. Posteriormente, “la Oficina del Censo Electoral remitirá a todos los electores una tarjeta censal con los datos actualizados de su inscripción en el censo electoral y de la Sección y Mesa en la que les corresponde votar...” (39.5). Ya en el momento concreto de la votación, el artículo 85.5 LOREG prevé la existencia de una “certificación censal específica, a través de la cual el ciudadano acredita con carácter excepcional su inscripción en el censo electoral”, y que “se regirá en cuanto a su expedición, órgano competente para la misma, plazo y supuestos en que proceda, por lo que disponga al respecto la Junta Electoral Central mediante la correspondiente Instrucción”. Se reconoce así un elemento aparentemente complementario al censo electoral, en el sentido de que permitiría completar la tarea de actualización del mismo. Sin embargo, esa apariencia debe matizarse: en cumplimiento de este mandato legal, la Junta Electoral dictó una Instrucción de 29 de abril de 1991, “sobre concepto de certificación censal específica, supuestos en que procede su expedición, órgano competente y plazo para su expedición”. Dicha disposición subraya que tal certificación “no constituye un medio extraordinario de obtener la inscripción en el censo sino un medio de prueba de que el ciudadano de que se trate está inscrito... aunque no figure en los ejemplares certificados de las listas del censo puestos a disposición de las Mesas electorales”. Por consiguiente, como afirma explícitamente el preámbulo de esta disposición, tal “certificación censal específica... no abre de nuevo el período de rectificación del censo”. Finalmente, cabe resaltar que los órganos competentes para esta expedición son “exclusivamente” las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral. En este contexto, y al margen de que esta certificación permita únicamente corregir errores materiales del censo ya rectificado, o pudiera extenderse hasta introducir en el mismo nuevas rectificaciones, lo cierto es que la concreta articulación de estos actos resulta

manifiestamente mejorable, y en buena parte gracias a la aplicación de nuevas posibilidades tecnológicas. Así, por ejemplo, resulta llamativa la extrema rigidez de la obligación de exponer las listas, en fechas inamovibles y muy tempranas. No cabe duda de que es fundamental tener “cerrado” el censo al inicio del proceso electoral, y con una anticipación importante al momento de la votación, lo que justificaría los límites a cualquier rectificación posterior del mismo. Sin embargo, hoy por hoy parece que ambos procesos –el de exposición / rectificación inicial, y el de eventual expedición de la certificación posterior– podrían facilitarse considerablemente. De esta manera, la exposición de las listas del censo vía Internet, que como se ha visto permite ya el artículo 39.2 de la Ley y se aplica en muchos municipios, ahorra desplazamientos perfectamente evitables. Pero, además, también facilita el respeto a la necesaria confidencialidad de los datos censales que, en la práctica, no estaba en absoluto garantizado con la tradicional exposición de las listas en dependencias municipales, lo que vaciaba de contenido las limitaciones previstas en la Ley. Por otra parte, seguramente hoy no sería en absoluto descabellado prolongar el plazo de rectificaciones, incluso hasta pocos días antes de la votación, dada la agilidad inmensamente mayor que permiten los recursos actuales para elaborar y distribuir las listas censales actualizadas a las Mesas electorales. De la misma manera, la expedición de eventuales certificaciones censales específicas podría facilitarse en extremo, simplemente, habilitando en cada colegio electoral unos mínimos recursos humanos (en su mayor parte, ya existentes) y materiales que permitan consultar a las respectivas Delegaciones Provinciales del Censo si los electores no incluidos en la lista pueden o no ejercer su derecho. Así como la Administración Tributaria pone a disposición del público recursos para consultar sus datos, o cualquier otra duda, no sería impensable que cada colegio dispusiese de una persona, dotada con un ordenador conectado a la red, que pudiese llevar a cabo esa consulta (en presencia, naturalmente, de los interventores o apoderados de las diversas candidaturas que lo deseen y, en su caso, de los miembros de la Mesa afectada) y estuviese habilitado para, en su caso y previa autorización de la Delegación, emitir la correspondiente certificación in situ, ahorrando así desplazamientos, colas y trámites. Facilitando, en suma, que el elector que decide ejercer su derecho de sufragio no se vea disuadido de hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad, y a veces fácilmente corregibles.

b) El voto por correo.

No puede resultar extraño que las nuevas tecnologías, que permiten la transmisión prácticamente instantánea de grandes volúmenes de información, resulten aplicables a uno de los aspectos que más problemas ha planteado en el funcionamiento práctico del sistema electoral español, como es el voto por correo. Se trata, como es

obvio, de un aspecto en sí mismo problemático, como pone de manifiesto el dato de que, incluso en el ámbito europeo, muchos países no lo contemplan, o lo hacen sólo sometiéndolo a condiciones muy estrictas. Pues bien, la regulación del voto por correo, aparte de los problemas derivados de la necesidad de garantizar su naturaleza personal e indelegable (que difícilmente, al menos a mi modo de ver, podrían resolverse únicamente por medios tecnológicos), también presenta espacios que podrían permitir la ventajosa aplicación de nuevas soluciones tecnológicas. Obviamente, y como se ha dicho en el caso anterior, o como ya se hace en el señalado ámbito tributario, la solicitud de voto por correo podría hacerse a través de la red, utilizando los filtros o contraseñas precisos para acreditar la identidad del solicitante. Sin embargo, y una vez más según mi personal criterio, las nuevas tecnologías –y, en particular, la red– podrían desempeñar un papel fundamental a la hora de asegurar el buen fin del procedimiento de voto por correo. Porque, en buena parte, las dificultades para muchos votantes (y, en particular, para los residentes ausentes que viven en el extranjero, cuyo censo por lo demás está siendo desde hace unos años revisado y actualizado, gracias en buena parte a la mayor agilidad de las comunicaciones) se derivan directamente de la lentitud de las comunicaciones postales. Y es evidente que tal lentitud condiciona en buena parte la eficacia de los plazos previstos en la ley electoral. Así, por ejemplo, las candidaturas deben estar ya proclamadas y publicadas el vigésimo octavo día posterior a la convocatoria (art. 47.5 LOREG), entre otras cosas para que puedan imprimirse. Porque “la confección de las papeletas se inicia inmediatamente después de la proclamación de candidatos”, y “las primeras papeletas confeccionadas se entregan inmediatamente a los Delegados Provinciales de la Oficina del Censo Electoral para su envío a los residentes ausentes que viven en el extranjero”, no más tarde del trigésimo cuarto día después de la convocatoria, en las circunscripciones donde no haya habido impugnaciones a tal proclamación; y del cuadragésimo segundo, donde sí se hayan impugnado candidaturas (arts. 71.1, 71.3 y 75). En los demás casos, para quienes han solicitado votar por correspondencia, la Oficina remitirá, por correo certificado y “a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior a la votación,... las papeletas y los sobres electorales” (73.2). De este modo, las primeras papeletas se envían apenas 25 días antes de la elección, a los electores residentes en el extranjero. Y, a partir de ahí, pueden comenzar su viaje hacia los electores –muchos de ellos, en el extranjero– con menos –incluso muchos menos– de 20 días de anticipación respecto de la elección. En ese plazo deben llegar, cumplimentarse, y hacer el viaje de vuelta. Así las cosas, ¿no cabría pensar en la posibilidad de que los electores que lo deseen puedan “descargarse” de la red las candidaturas proclamadas, ya desde el primer momento, junto con la certificación a que se refiere el artículo 73.1, evitando así ese –a veces difícil y lento– “viaje de ida”? Ciertamente, también esto plantearía problemas (formato

de la papeleta, etc.), que en todo caso podrían tratar, al menos, de considerarse, junto a otras ventajas aparentemente indiscutibles (como, por ejemplo, la reducción de costes que ello podría suponer para la Administración). Ello, por otra parte, suscita otra cuestión relacionada con esta modalidad del voto por correo, que a mi juicio podría plantearse ya, si bien las mayores posibilidades derivadas de las nuevas aplicaciones tecnológicas refuerzan este argumento. Se trata del hecho de que, una vez recibida la solicitud de voto por correo, la Delegación Provincial “realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente”. En definitiva, la mera solicitud de voto por correo supone la exclusión del derecho a ejercer personalmente el voto en el día de la elección. Algo en principio lógico, a fin de evitar riesgos de doble voto, y que sin duda también sirve para desincentivar la opción del voto a distancia. Sin embargo, este sistema presenta un riesgo evidente: dada la señalada premura de los plazos que rigen el procedimiento de voto por correspondencia, y su dependencia de un eficaz funcionamiento del sistema postal, lo cierto es que es posible (y la práctica demuestra que es relativamente frecuente) que un elector que en su día solicitó el voto por correo no llegue a emitir válidamente su voto, sea porque no le han llegado –o no le han llegado a tiempo– las papeletas, o porque su voto no ha llegado –o no ha llegado a tiempo– a la Mesa. Un problema, por lo demás, que no afecta a los “residentes ausentes”, ya que sólo es concebible respecto de los electores llamados, en principio, a votar personalmente en la Mesa que tienen asignada. Pues bien, este problema –que insisto en que podría por lo menos aliviarse aprovechando las posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías, en el sentido ya expuesto– responde a un sistema que parece ignorar el hecho de que los votos por correo son los últimos introducidos en las urnas, tras cerrarse la votación de las personas presentes en el local electoral, uno por uno y tras verificar que se cumplen las condiciones necesarias (art. 88 LOREG). De esta manera, sería perfectamente posible que, si un solicitante de voto por correo (que como tal consta en el censo) se persona en su Mesa electoral, a fin de emitir su voto (ya sea porque no pudo hacerlo por correo, ya por cualquier otra razón), la Mesa lo acepte, registrando tal voto. El riesgo de que un elector trate de votar dos veces, utilizando también la modalidad postal, se limitaría, simplemente, al considerar los votos llegados por esa vía, descartándose en su caso el voto emitido por correo cuando consta que su remitente ya ha votado. Evidentemente, esta solución incentivaría las solicitudes de voto por correo, incrementando así la actividad administrativa. Sin embargo, resolvería el problema real de algunos –seguramente pocos, pero algunos– ciudadanos que, habiendo actuado con diligencia y buena fe, comprueban que su voto no puede emitirse, o incluso que no ha llegado a tiempo para contabilizarse. Y, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan toda la gestión del proceso, permitiendo incluso nuevos controles (así, por ejemplo, hacer constar la efectiva entrega de las papeletas, o la emisión del voto en la

Oficina de Correos) se reducirían las –a mi modo de ver, ya perfectamente controlables– posibilidades de fraude.

c) Las Mesas Administradas Electrónicamente.

Una novedad implantada recientemente en España en relación con el uso de las nuevas tecnologías de la información en el proceso electoral es la implantación de las Mesas Administradas Electrónicamente (MAE). El sistema de Mesa Administrada Electrónicamente tiene por objetivo el de facilitar a los miembros de las mesas electorales una serie de herramientas informáticas para la gestión de la jornada electoral.

Sirviendo de apoyo a las tareas que desempeñan y garantizando la seguridad del procedimiento de escrutinio, las MAE aportan rapidez al permitir la identificación del votante en el censo de la mesa, con lectura directa del DNI electrónico, y cumplimentando las actas de la mesa de manera prácticamente automática, produciéndose así un incremento del grado de exactitud y fiabilidad del escrutinio al eliminar los posibles errores de transcripción e incrementar la velocidad del mismo al localizar el nombre del votante de manera más sencilla que antes.

La utilización de las MAE es muy sencilla, no requiere formación específica, respetando escrupulosamente el desarrollo de la jornada electoral tal y como está regulada en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), y permitiendo ahorrar en la fabricación de material electoral, lo que lo convierte en una herramienta más ecológica y más barata.

Este sistema será utilizado el próximo 25 de mayo en las 1.246 mesas electorales de la ciudad de Barcelona, pero también en las de Córdoba (324), Valladolid (310) y también en la Isla de Mallorca (concretamente en el municipio de Marratxí, del que he sido secretaria hasta el pasado mes de marzo). Se cuenta para ello con un total de 1.900 equipos, casi 200 más que en la última convocatoria en la que se utilizaron.

Si bien esta medida se implanta por primera vez en las localidades mencionadas, varios antecedentes avalan su éxito. Las Mesas Administradas Electrónicamente se utilizaron en las pasadas Elecciones al Parlamento Europeo de 2009 en las mesas de las ciudades de Lleida, Salamanca y Pontevedra; en las Elecciones Locales de 2011 en Ceuta, Castellón, Huesca y Mérida; y en las Elecciones a Cortes Generales, también de 2011, en Madrid capital.

Por lo que se ve, en cada convocatoria se va ampliando el número de terminales disponibles, lo que hace pensar que su implantación se trata de un proceso largo pero

continuado de crecimiento, y que permitirá llegar en un futuro no muy lejano a una total informatización de todo el procedimiento.

d) Otras posibles reformas.

Hasta este momento me he referido a plantear algunos aspectos del sistema electoral que podrían ser revisados y, en su caso, reformados, mejorando el funcionamiento global del sistema gracias, fundamentalmente, a las nuevas posibilidades abiertas por el desarrollo tecnológico. Naturalmente, el examen se limita a aquellos momentos del procedimiento electoral en que intervienen los poderes públicos, dejando pues de lado otras facetas en que la utilización de las nuevas tecnologías, sin necesidad de reformas legales, puede modificar profundamente la fisonomía de todo el proceso. De este modo, y a pesar de que su importancia sea grande, nada se ha dicho acerca, por ejemplo, de su aplicación a la campaña electoral de los partidos (aunque es claro que las actuales facilidades de comunicación permiten hacer llegar mensajes de manera masiva, prácticamente inmediata y a un coste muy reducido, ampliando así las posibilidades de las formaciones con menores medios). Nada, tampoco, de sus consecuencias en un ámbito como el de la difusión de encuestas electorales, donde el artículo 69.7 de la LOREG prohíbe “la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación”, poniendo así unas puertas imposibles a un campo inabarcable. Ahora bien, incluso ciñéndonos a este limitado objeto, es más que probable que la aplicación de las nuevas tecnologías pudiese modificar sustancialmente otros elementos hoy en día vigentes, por sí mismos o en combinación con otras posibles reformas. En general, cabe defender que estas perspectivas son claras –y, con toda probabilidad, se explorarán a corto plazo– en todas aquellas fases del procedimiento electoral en que la Administración debe realizar actos de comunicación dirigidos a un elevado número de destinatarios, con un coste elevado en términos de tiempo, de esfuerzo humano, y de dinero.

3. CONCLUSIÓN.

La experiencia irá señalando en qué medida el sistema va requiriendo nuevas reformas, y si las posibilidades tecnológicas pueden responder a tal requerimiento. Enlazando con las consideraciones que se hacían al inicio de este trabajo, resulta claro que las nuevas tecnologías no son, ni pueden ser, ninguna panacea capaz de resolver por sí misma todos, ni tan siquiera la mayor parte, de los problemas que cabe percibir en el funcionamiento de los sistemas democráticos, necesariamente basados en el principio representativo articulado a través del proceso electoral. Con frecuencia, la reflexión

sobre esta materia tiende a confundir diversos planos, como el de la teoría pura y el de la práctica electoral. Sólo así se explica, por ejemplo, el afán que muchas veces se pone de manifiesto a la hora de postular la reforma de elementos esenciales, sin distinguir entre su aplicación a contextos políticos o de otro tipo (asociativo, profesional, etc.), a elementos centrales o –en principio– secundarios del sistema o, simplemente, a modelos que funcionan bien o a otros que funcionan peor, o incluso no funcionan.

En particular, y en lo que hace concretamente al caso de España, generalmente se reconoce que su normativa electoral, globalmente considerada, cumple de manera satisfactoria las funciones que el sistema político le encomienda. A partir de ahí, es preciso analizar pormenorizadamente cada propuesta de modificación, examinando sus ventajas e inconvenientes, entendidos como oportunidades y riesgos no sólo para el sistema electoral, sino para todo el sistema político.

A mi juicio, este análisis permite sostener que, en el aspecto central relativo al procedimiento de emisión y escrutinio del voto (“voto electrónico”), los riesgos derivados de una reforma sustancial exceden con mucho a sus posibles ventajas. Afirmaciones del tipo de que así se favorecería la participación resultan absolutamente voluntaristas, en un país en el que la participación es en su conjunto elevada, y en el que las variaciones se explican, en un altísimo porcentaje, por circunstancias que, en última instancia, subrayan la libre decisión del elector, que en ocasiones opta por ejercer su derecho y en otras por no hacerlo. Y los riesgos, en particular los derivados de sustituir un esquema fuertemente basado en la intervención de los ciudadanos por otro que necesariamente exige una intermediación esencial de los expertos, resultan disuasorios. No obstante, esa conclusión “pesimista” no se extiende a todo el procedimiento electoral. En efecto, las nuevas tecnologías han permitido, en muchos ámbitos de la administración de los asuntos públicos, gestionar y comunicar rápida y eficazmente volúmenes ingentes de información, con un altísimo nivel de garantías. Y el mismo principio es perfectamente aplicable, a mi juicio, a muchos momentos del proceso electoral.

En definitiva, si se trata de facilitar la administración, y el ejercicio del derecho fundamental al voto de todos y cada uno de los ciudadanos, en las condiciones que mejor aseguren el interés público, las nuevas tecnologías son hoy un recurso no sólo posible, sino absolutamente imprescindible. En este sentido, sin duda su presencia en los procesos electorales será mucho más intensa en un futuro inmediato. Ahora bien: esa afirmación general en absoluto resta relieve a la también necesaria evaluación previa de las posibles reformas que puedan plantearse. Sólo así será posible que las nuevas tecnologías contribuyan a la mejora global del sistema, ayudando a una participación de los ciudadanos no sólo mayor, sino también de más calidad, que redunde en la mayor



legitimidad del sistema, evitándose al máximo los riesgos para el mismo y aprovechando, también al máximo, las oportunidades derivadas del desarrollo en este campo.



**LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS ESPECIALES,
LÍMITES Y ALCANCE EN EL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LAS
CORPORACIONES LOCALES.**

**ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES
HABILITADOS NACIONALES (FLHN)**

Manuel RAMAL MATA

Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Vallromanes

Trabajo de evaluación presentado al Curso monográfico de estudios superiores: El proceso electoral, gobierno local en funciones y reorganización de las corporaciones locales (2º ed.). CEMCI, Granada, abril-mayo de 2015.

SUMARIO:

- 1.- Introducción
- 2.- La participación política como derecho fundamental
- 3.- El estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales
- 4.- La situación administrativa de servicios especiales
- 5.- Regulación legal de los funcionarios locales con habilitación nacional.
- 6.- Límites a la consolidación de la carrera administrativa y a la promoción profesional.
- 7.- Acceso, permanencia y ejercicio del cargo: “ius in officium” y “ius ad officium”.
- 8.- La garantía de la carrera profesional del FLHN, en el acceso y durante la permanencia en el cargo electo.
- 9.- La situación de servicios especiales como derecho laboral y/o estatutario del FLHN.
- 10.- Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de responsabilidades públicas locales puede ser desempeñado bajo distintas modalidades de dedicación, sustanciándose su regulación, básicamente en el artículo 75 de la LRRL y el artículo 13 del ROF. El número y cuantía de las dedicaciones exclusivas de los miembros de la Corporación ha experimentado una importante modificación tras la aprobación de la LRSAL dando cumplimiento al objetivo establecido por el legislador de imponer una serie de limitaciones a la atribución de dedicaciones y a la cuantía de las mismas en función del parámetro poblacional, a través de introducción de dos nuevos preceptos, artículos 75 bis, reguladores respectivamente, de régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales y del personal al servicio de las Entidades Locales, y la limitación en el número de dedicaciones exclusivas. La modificación introducida dispone que serán los Presupuestos Generales del Estado los que determinen, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales.

Lo anteriormente expuesto está referido a los derechos económicos básicos del funcionario local en situación de servicios especiales, cuyos efectos serán ampliados y matizados en los próximos apartados de este trabajo. Igualmente, es el principal objeto de este trabajo el análisis de los derechos a la carrera profesional y sus efectos en relación al tiempo que dicho funcionario (FLHN) se encuentre en la situación administrativa de servicios especiales, un trabajo que intenta establecer el límite y alcance de estos derechos en relación con la garantía del derecho de participación política, como derecho fundamental, y en concreto cómo se debe integrar en el Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales. Para ello se analizarán, no solo las normas legales que lo amparan, sino también la Jurisprudencia Constitucional que lo ha ido extendiendo y configurando, como un derecho típico de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio, y todo ello contrastado con los criterios e interpretaciones normativas de la propia Dirección General de la Función Pública.

2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 23 de la CE presenta un contenido complejo que, en realidad, recoge tres derechos autónomos:

- El derecho a la participación política directamente o a través de representantes (23.1 CE);
- El derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (23.2 CE); el cual según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desdobra en el derecho de acceso a cargos públicos representativos, y

- El derecho de acceso a la función pública (conforme a los principios invocados en el artículo 103.3 CE)

Nuestro constituyente, basándose en los documentos de Naciones Unidas, proclamó un genérico derecho de participación política que se completa directamente con los artículos 68.1 y 69.2 de la CE, y el artículo 23.1 CE, que conecta de forma estrecha con la proclamación realizada en el artículo 1.1 CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de derecho*”. Así pues, la participación entendida como derecho ofrece la vertiente individual indispensable del Estado democrático. Esta proclamación se refuerza cuando se afirma que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado.

Abundando en esta línea argumental, el artículo 9.2 CE encomienda a los poderes públicos fomentar entre otras, la participación política. Porque se trata de un derecho de participación política, no de una participación de cualquier otra naturaleza en asuntos públicos (STC 51/1984, de 25 de abril). Así, mediante esta participación el ciudadano contribuye a la formación democrática de la voluntad estatal, y ésta se produce directamente a través de la elección de representantes que forman los órganos en donde ésa se expresa. La representación política se convierte en el eje de la estructura democrática del Estado y en el verdadero mecanismo a través del cual se legitima el funcionamiento de las principales instituciones en cada esfera territorial: Cortes Generales (66.1, 68.1 y 69.2 CE) parlamentos autónomos (143, 151 y 152 CE), municipios (140 CE) y diputaciones provinciales (141.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha precisado que la titularidad del derecho corresponde en exclusiva a las personas y no la ha reconocido ni siquiera a los partidos políticos a pesar de que estos sean considerados instrumentos fundamentales de la participación política (artículo 6 CE).

El artículo 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Esta referencia a “*los requisitos que señalen las leyes*” ha servido al Tribunal Constitucional para reiterar hasta la saciedad que éste es un derecho típico de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio, y distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. En cada uno de ellos se ejercen derechos diversos, facultades concretas, al amparo de dicho artículo 23.2 CE.

A este contenido explícito del precepto ha anudado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1985, de 4 de febrero), no pudiendo ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1985, de 21 de febrero) y además, se ha declarado el derecho al ejercicio o

desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo). Cualquiera de las dimensiones que se han identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE <<de acceso, permanencia y ejercicio>> está delimitada, con arreglo al propio precepto constitucional, por la necesidad de llevarse a cabo en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes (STC 298/2006, de 23 de octubre).

El primer momento, el de acceso, se ejerce el sufragio pasivo (68.5 CE y SSTC 60/1987, de 201 de mayo y 84/2003, de 8 de mayo) que viene estrictamente ligado al sufragio activo pues ambos sirven al mismo y jurídico fin, es decir, a la representación, aunque sean autónomos y perfectamente distinguibles. La Constitución reclama igualdad en el acceso y, por lo tanto, en el sufragio pasivo. En este sentido son determinantes las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la Constitución (70.1 CE) y precisadas en la LOREG.

Segundo momento es el de permanencia en el cargo representativo, así no solo se tiene derecho a acceder, sino también a permanecer. Quien ha sido elegido por los electores no puede ser despojado de su cargo, pues tiene derecho a permanecer en él durante el tiempo constitucionalmente previsto para la duración de su mandato (68.4 y 69.6 CE).

En tercer lugar, y con la misma lógica que opera respecto a los momentos anteriores, el derecho de acceso a cargo público representativo ha de contener también un “*ius in officium*”, es decir, un conjunto de facultades que identifican la labor del representante y que junto con el derecho de permanecer, forman el estatuto parlamentario (STC 37/1985, de 8 de mayo y 36/1990, de 28 de febrero, STC 208/2003, STC 141/2007, STC 74/2009 y 246/2012 de 20 de diciembre).

Dichas facultades son derechos fundamentales de los representantes y atribuciones de un órgano, que han sido desglosadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Todas ellas se integran en el “*ius in officium*” y conforman el bloque de las funciones parlamentarias, configuradas en los reglamentos, sin cuyo ejercicio resultaría imposible el ejercicio del propio derecho del representante político e indirectamente tampoco el ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos.

3. ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

En el ámbito local y para garantizar el ejercicio de las funciones que integran o puedan integrar el “*ius in officium*”, el legislador ha dotado a los miembros de las Corporaciones Locales de un conjunto de derechos que conforman el Estatuto de los miembros de las Corporaciones, distinguiendo, en razón de su naturaleza entre derechos corporativos, derechos económicos y derechos laborales, así como de los correlativos deberes, inherentes al correcto desempeño de las responsabilidades públicas.

En este sentido, el artículo 73.2 de LRBRL dice que los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquel.

El artículo 74 LRBRL dispone que los miembros de las Corporaciones Locales quedan en situación de servicios especiales en los siguientes supuestos: cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos o cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva. En el supuesto de que sean funcionarios de la propia Corporación, el pase a la situación de servicios especiales será automática, sin necesidad de que, el ejercicio del cargo, esté vinculado con la dedicación exclusiva o parcial del funcionario, pues tratándose de una situación de incompatibilidad, se infiere la opción a favor del desempeño del cargo de Concejal frente a la de funcionario en activo.

En este mismo sentido el artículo 178.2 b) y 178.4 de la LOREG dicen que cuando la causa de incompatibilidad con la condición de concejal sea la de ser funcionario en activo del respectivo ayuntamiento y/o de las entidades y establecimientos de él dependientes, el funcionario que optará por el cargo de concejal pasará a la situación de servicios especiales.

También la propia Ley 53/84 de Incompatibilidades de los Empleados de las Administraciones Públicas en su artículo 5.1 b) dice que es incompatible la actividad de funcionario público con la de ser miembro electo de la Corporación Local con cargo retribuido y dedicación exclusiva.

Así pues, la situación administrativa de servicios especiales y sus efectos cabe analizarlos en su doble vertiente jurídica:

A.- Como prerrogativa y/o garantía para ejercer el cargo público en condiciones de igualdad, integrando lo que se conoce como núcleo indisponible del derecho, y por tanto, que ni el legislador estatal, autonómico, y mucho menos el ordenamiento local pueden afectar a su integridad.

B.- Como derechos vinculados a la situación funcional y estatutaria previa del cargo electo, cuya protección es necesaria, evitando que modificaciones de sus condiciones laborales pueda suponer un menoscabo en el Derecho a su carrera profesional.

4. LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS ESPECIALES

La situación de servicios especiales, creada por la reforma del año 1984, ha ido evolucionando en la línea de ampliar la cobertura de supuestos que, por razones de interés público se refieren mayormente a dos ámbitos:

- El de los supuestos que posibilitan y favorecen el desempeño de actividades políticas en sentido amplio de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además de diferentes órganos constitucionales y autonómicos asimilables;
- El segundo ámbito: aquellos supuestos de perfil más profesional, donde gana peso el factor confianza.

Esta evolución culminó con la aprobación en el año 2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. El Informe elaborado por la Comisión de estudio explica así esta evolución y advierte sobre el peligro de desnaturalizar esta situación administrativa: *“La situación de servicios especiales ha tenido tradicionalmente su causa en el ejercicio de cargos políticos de naturaleza o confianza política, bien sean de carácter electivo o por designación, y en el empeño de puestos relevantes en organismos internacionales y órganos constitucionales.*

La especial entidad de estos cargos, así como su índole temporal, recomiendan dotar a los interesados de la garantía de poder reintegrarse al término de su mandato o ejercicio a su puesto, plaza o destino de origen, sin merma alguna de sus derechos”.

El pase a la situación administrativa de servicios especiales se regirá, pues, con carácter básico por lo dispuesto en el artículo 87 del EBEB que define la situación en que se encuentran los funcionarios de carrera cuando son designados cargos electos con dedicación exclusiva en alguna Administración Pública.

La situación de servicios especiales, es considerada tradicionalmente como un privilegio, puesto que tiene para sus titulares los siguientes efectos:

A.- En relación con las **retribuciones**, dichos funcionarios percibirán las del cargo nuevo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera. Y en relación con el anterior puesto conservan el derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento.

B.- En relación con el **cómputo del tiempo** que permanezcan en dicha situación, se les tendrá en cuenta a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y demás derechos en el régimen de Seguridad Social.

C.- En relación con el **reingreso al servicio activo**, conlleva reserva de plaza, en la misma localidad, en las mismas condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalafón de la carrera consolidados, en el mínimo que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

D.- En relación a la **carrera profesional**, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de esos funcionarios.

Efectivamente el apartado tres de este artículo 87 establece las condiciones del reingreso al servicio activo de quienes se encuentren en situación de servicios especiales, garantizando que se produzca en la misma localidad, y en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan, así como los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación.

A continuación establece, como criterio general a seguir, que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, señalando que, como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

Como vemos estos criterios generales necesitan de una adaptación a las circunstancias de cada subescala funcional y de cada Administración Pública. Y en este aspecto, los funcionarios con habilitación nacional tienen una peculiaridad poco común, la de ser funcionarios de la administración local, pero con un sistema de provisión y movilidad a nivel nacional de competencia estatal, lo que dificulta la aplicación de los mismos criterios de carrera profesional y promoción de otros colectivos funcionariales.

5. REGULACIÓN LEGAL DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES CON HABILITACIÓN NACIONAL.

El artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), introducido por el número veinticinco del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), dice que:

“El Gobierno, mediante Real Decreto, regulará las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. En todo caso, el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. El ámbito territorial de los concursos será de carácter estatal

Los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará un mínimo del 80% del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Comunidad Autónoma se fijarán por cada una de ellas y su puntuación podrá alcanzar hasta un 15% del total posible. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por ésta, y su puntuación alcanzará hasta un 5% del total posible.”

La Disposición transitoria séptima de la LRSAL, establece un régimen transitorio de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, señalando que: *“En tanto no entre en vigor el Reglamento previsto en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley, mantiene su vigencia la normativa reglamentaria referida a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del citado artículo.”*

Por tanto, la vigencia normativa reglamentaria referida a los FLHN viene configurada con carácter transitorio y en todo lo que no sea contrario al EBEP y a la LRBRL, por lo dispuesto en el Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional; en el Real Decreto 1732/1994 de 29 de julio, de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; y en la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas de 10 de agosto de 1994, por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación nacional.

La fórmula utilizada por la Dirección General de la Función Pública para declarar en situación administrativa de servicios especiales a FLHN se puede concretar genéricamente en la siguiente expresión: *“el tiempo que permanezca dicho funcionario en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”.*

Es importante su transcripción literal, porque de su interpretación y análisis podremos definir los efectos que produce y cómo estos pueden afectar al contenido del *“ius ad officium”* y al *“ius in officium”* de aquellos miembros electos de corporaciones locales en tal situación, sobre todo teniendo en cuenta lo prescrito en el apartado 3 del artículo 87 del EBEP cuando dice que: *“las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de estos funcionarios”*

En resoluciones recientes de la propia Dirección General, se puede constatar que la valoración de los *“servicios prestados”*, se condiciona a que éstos lo sean en la situación de servicios en activo ocupando puestos reservados a la propia subescala de funcionarios con habilitación nacional, por tanto, la contundencia de estos preceptos contrasta con este criterio que viene utilizando la Dirección General de la Función

Pública a la hora de evaluar los servicios prestados en la situación administrativa de servicios especiales, pues la diferente forma de ponderar y computar este tiempo, en relación al servicio activo, discrimina y afecta negativamente al baremo general de méritos acumulados por estos funcionarios, a efectos de promoción profesional.

La Dirección General viene, así, a considerar que el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no se puede computar como servicio activo en el puesto de origen sino como servicios prestados en otra administración pública, motivo por el cual se produce una diferencia negativa importante respecto a la ponderación de los méritos generales, e indirectamente, a la promoción profesional de estos funcionarios.

Forma parte de este estudio analizar si el mantenimiento de esta situación en el tiempo puede significar, para el cargo público, un claro perjuicio o menoscabo de su carrera profesional, ya que, al no ser ponderados del mismo modo los servicios prestados por estos funcionarios, lo cierto es que la puntuación de méritos generales de éste se va distanciando cada vez más de la puntuación de méritos acumulada por sus compañeros de promoción, en clara desventaja, pues con un baremo superior de méritos acceden a mejor plaza en relación con las vacantes de los diferentes sistemas de provisión de puestos.

6. LÍMITES A LA CONSOLIDACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

El artículo 1, de la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994, señala que los “Servicios prestados”, se valorarán por los servicios efectivos, hasta un máximo de 6 puntos, a razón de 0,03 puntos por mes de servicios en activo ocupando puestos reservados a la propia subescala de funcionarios con habilitación nacional, o de 0,02 Puntos/mes por servicios en activo ocupando puestos reservados a subescalas de funcionarios con habilitación nacional diferentes a aquella en que se concursa. Así mismo esta valoración de los servicios prestados se incrementará, por razón de permanencia continuada en el mismo puesto de trabajo reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional, que se esté desempeñando a la fecha de la resolución de publicación de la convocatoria conjunta de concurso, con arreglo a una escala, pudiendo obtener hasta 1,50 puntos por 6 o más años de permanencia.

Considera la Dirección General que en los concursos de traslados el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no puede computarse como servicios en activo, en el apartado A (A.1.a y A.1.b.), y que sí se computan como servicios efectivos, pero distintos del servicio activo, en el apartado E) Antigüedad. Considera que debe tenerse en cuenta, en este sentido, que en el apartado E) Antigüedad, del citado artículo 1 de dicha Orden Ministerial, en el último párrafo, se dispone que no se tendrán

en cuenta en dicho apartado servicios que hubieran sido tenidos en cuenta a los efectos de la letra A de dicho artículo. Es decir, los méritos que se reconocen y computan en dicho apartado E), son méritos por servicios efectivos prestados, si bien de una clase distinta a los servicios activos, sin que puedan computarse de forma independiente a los méritos por servicios prestados. De tal forma, que los servicios prestados deben computarse, o bien en el apartado A, correspondiente a los servicios activos, o bien en el apartado E) Antigüedad, según corresponda, pero no en ambos apartados simultáneamente.

Así pues, según interpretación y criterio de la Dirección General para que los servicios puedan ser computados en el apartado A.1.a), y por tanto se pueda incrementar la puntuación de la permanencia continuada en el apartado A.3, los servicios se deben prestar en situación de activo en Corporaciones Locales, o en servicios en Comunidades Autónomas, y en todo caso, se deben haber prestado en puestos reservados a las subescalas de funcionarios con habilitación de carácter nacional, no siendo suficiente que los servicios se hubieran prestado en puestos que tengan asignadas funciones similares a los de los reservados a dichos funcionarios.

Considera también que en la Orden de 10 de agosto de 1994 se valoran todos los servicios prestados por los funcionarios. La distinción que se establece entre los prestados en servicio activo y los prestados en situación distinta, se establece de forma general y únicamente en orden a valorar la experiencia en el desempeño del puesto, la cual solamente puede alzarse con el desempeño efectivo del mismo, y que evidentemente, y por diferentes circunstancias, no reunirán todos los funcionarios que participen en el concurso, sin que ello, no obstante, pueda considerarse como causa de menoscabo del derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos, en los términos establecidos en el artículo 87.3 del EBEP, ni supone vulneración del derecho fundamental a la igualdad, y justifica la no discriminación en la carrera profesional en el hecho de que, el tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales es igualmente tenido en cuenta en otros ámbitos de la promoción del funcionario, como puede ser los dos años de carencia para participar y promocionar a una categoría superior, y también a efectos de trienios y derechos pasivos. Pero lo que sucede es que, superada la fase de oposición del concurso, se utiliza el mismo expediente de méritos generales reconocidos a los funcionarios para asignar las plazas definitivas, que es el mismo expediente de méritos utilizado en los concursos de provisión de vacantes, y que también se trata de promoción profesional reconocida por el EBEP, por lo que en cada momento de promoción o provisión de vacante, la carrera profesional se verá negativamente afectada.

7. ACCESO, PERMANENCIA Y EJERCICIO DEL CARGO: “IUS IN OFFICIUM” Y “IUS AD OFFICIUM”.

Ya hemos visto que se trata de un derecho típico de configuración legal, y sin dicha configuración legal no es factible su ejercicio. Distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo.

El artículo 23.2 CE funciona así como una garantía añadida al derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE (STC 39/2008, de 10 de marzo) y por eso el contenido del derecho ha sido ampliado más allá del acceso, al derecho de permanencia en el cargo, es decir, el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones ilegítimas, sin el cual el derecho de acceso se convertiría en una garantía meramente formal. De este modo, en la STC 5/1983, de 4 de febrero, se afirma que “el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho de permanecer en los mismos porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido”. De acuerdo con esta línea, el contenido del derecho proclamado en el artículo 23.2 CE queda concretado en dos grandes núcleos.

Por una parte el “*ius ad officium*” según terminología utilizada por el ITC 942/1985, de 18 de noviembre, que incluye también el derecho a concurrir en las diferentes fases que determinan la entrada efectiva al cargo, esto es tanto la accesibilidad así como, una vez superadas estas fases, el derecho subjetivo a ocuparlo.

El segundo lo conforma el llamado “*ius in officium*”, denominación dada por la STC 161/1988, de 20 de septiembre, que abraza el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones ilegítimas. Las funciones del representante como garantía del derecho de participación de los ciudadanos “va unida al mandato libre” (STC 10/1983, de 21 de febrero, en la cual se señala también que “una vez creados por las normas legales derechos y facultades, propias del cargo, éstos quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23,2 CE, defender ante los órganos judiciales el “*ius in officium*”. Este derecho de permanencia en el cargo, comprende el derecho a no ser removido si no es por causas y por los procedimientos establecidos, contenido que determina la protección del precepto ante remociones ilegítimas (STC 136/1989, de 19 de julio). El Tribunal, en STC 32/1985, de 6 de marzo, completó esta ampliación incorporando un nuevo contenido al art. 32.2: la permanencia en el cargo comporta la posibilidad de ejercerlo de acuerdo con las previsiones legales.

La construcción jurisprudencial del “*ius in officium*” permite enjuiciar las infracciones de los actos y reglamentos que comporten una violación de normas o principios constitucionales; es decir, solo cuando hay una vulneración de la Constitución es posible exceptuar el principio general de autonomía parlamentaria. La sentencia pionera STC 32/1985, de 6 de marzo, afirma que la invocación del artículo 23.2 CE exige que la decisión impugnada vacíe de contenido la función que ha de

desempeñar el representante, o sea la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos representantes condiciones inferiores en otros. La Constitución veta la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo, introduciendo obstáculos que puedan colocar a unos representantes condiciones de inferioridad respecto de otros. (STC 141/2007, de 18 de junio, STC 39/2008, de 10 de marzo)

Toda esta jurisprudencia se puede hacer extensiva al resto de cargos públicos representativos incluidos en el artículo 23.2 CE, como los concejales y los diputados provinciales. La única diferencia es que las decisiones de los órganos de gobierno de las corporaciones locales tienen, por definición, carácter de actos administrativos y, en consecuencia, se encuentran sometidos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por eso, el recurso eventual de amparo no se canaliza por la vía del artículo 42 LOTC, sino por la vía del artículo 43 LOTC, que exige agotar la vía judicial precedente.

El principio de igualdad en la vertiente del “*ius in officium*” también actúa como presupuesto y límite en el ejercicio del derecho, e impide que se configuren situaciones que provoquen inferioridad de unos representantes frente de otros con respecto a los derechos de participación que tienen conferidos.

8. LA GARANTÍA DE LA CARRERA PROFESIONAL DEL FLHN, EN EL ACCESO Y DURANTE LA PERMANENCIA EN EL CARGO ELECTO.

Como ya se ha señalado anteriormente reconoce la Ley 30/84, de 2 de agosto que “el tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”, igualmente el artículo 87.3 del EBEP dice que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de estos funcionarios en su condición de cargos electos.

En aplicación del principio de jerarquía normativa, cabe afirmar de forma rotunda que la Orden de 10 de agosto de 1994 nunca podrá ser contraria a estas Leyes, normas de superior rango, y que tanto dicha Orden como las sucesivas bases de las convocatorias de los concursos de promoción profesional deberían prever expresamente el cómputo del tiempo prestado en situación de servicios especiales a efectos de mérito, y además tendrían que hacerlo de forma no discriminatoria, de tal manera que tanto el acceso al cargo como su prolongación en el tiempo (*ius ad officium*) no suponga para el funcionario en situación de servicios especiales una desventaja, en su momento, para acceder a mejor plaza, en relación con las vacantes de los diferentes sistemas de provisión de puestos de las distintas convocatorias para FLHN.

Para evitar un menoscabo y/o situaciones discriminatorias respecto a los cargos públicos electos en situación de servicios especiales, el computo de este tiempo a efectos de servicios prestados se debe hacer considerando que se producen o traen causa

de la Administración de origen y no basándose en la ficción de que dicho funcionario se encuentra en otra Administración Pública, que en el caso de electos locales es evidente que se trata de la Administración Local, y que incluso pudiera darse la casuística de que se tratará de su propio Ayuntamiento empleador. Por tanto debería ocurrir que a efectos de mérito y promoción no se produjera discriminación alguna entre aquel funcionario en servicios especiales y el funcionario en activo, respecto al cómputo de los servicios prestados, por tratarse en ambos casos de servicio efectivo prestado.

El artículo 86 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), nos dice qué se entiende por la situación administrativa de Servicio activo, señalando que “Se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del presente Estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación.”

Así pues, tal como se desprende del anterior precepto: el FLHN en situación de servicios especiales, por motivo de su condición de cargo electo local, es aquel funcionario, que conforme a la normativa legal, presta sus servicios efectivos, en la corporación para la que ha sido elegido. Situación administrativa que le corresponde en aplicación de las normas de incompatibilidad.

Respecto al derecho de promoción y a la carrera profesional, hay que señalar que el artículo 14 del EBEP incluye entre los derechos individuales de los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza Jurídica de su relación de servicio, la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.

El artículo 16, dispone que los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional, entendiéndose por tal el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El concepto de carrera administrativa hace referencia a la promoción de los funcionarios, entendida ésta en sentido amplio, dentro de los niveles jerárquicos existentes en la organización administrativa.

Dentro de una Administración, la carrera administrativa viene configurada y caracterizada por la existencia, en el seno de la misma, de mecanismos que permitan al funcionario:

- 1º.- Poder cambiar de puesto de trabajo (Sistema de provisión de puestos)
- 2º.- Poder promocionar profesionalmente y consolidar estatus adquirido.

3º.- Poder cambiar de cuerpo o escala, bien dentro de los de su mismo grupo de titulación, bien a los del grupo de titulación superior (Promoción interna horizontal o vertical).

Así pues, como vemos, para la valoración de los “servicios prestados”, sólo se tienen en cuenta los servicios en activo desempeñando puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, no computándose por tanto el tiempo transcurrido en otras situaciones administrativas, como la de servicios especiales que, según el artículo 87 del EBEP, es en la que se encuentran los funcionarios de carrera cuando son designados cargos electos con dedicación exclusiva en alguna Administración Pública.

Efectivamente el apartado tres de este artículo 87 del EBEP establece las condiciones del reingreso a su puesto de trabajo de quienes se encuentren en situación de servicios especiales, garantizando que se produzca en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan, así como los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación.

A continuación establece, como criterio general a seguir, que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, señalando que, como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

Está claro que atendida la peculiaridad de los sistemas de provisión de puestos, movilidad y de promoción profesional de los funcionarios con habilitación nacional que ya hemos comentado anteriormente, en ocasiones resulta complicado aplicar el mismo régimen del resto de empleados públicos, pues la mejora profesional no se realiza dentro de la misma Administración pública sino a través de la movilidad entre entidades mediante los sistemas de provisión establecidos, que permiten que el funcionario pueda acceder a otros puestos donde pueda tener expectativas de mejorar profesionalmente.

Es en este orden de cosas resulta fundamental e innegable que la incidencia de los servicios prestados en activo respecto a la carrera profesional, mantienen un importante peso específico en el baremo general de méritos, inversamente proporcional en sentido contrario, en relación con la evaluación que la Dirección General hace del tiempo transcurrido en situación de servicios especiales, no dándole la relevancia efectiva que debería tener, ya que en otras muchas ocasiones no se aplica de forma estricta el orden del escalafón, sino que entran en juego los méritos autonómicos y los baremos específicos Municipales donde se valoran otros méritos que a veces poco o

nada tienen que ver con la experiencia acumulada o la formación o preparación técnica del funcionario, y sobre todo en los supuestos de libre designación que afectan a los puestos de mayor categoría, donde la discrecionalidad es casi absoluta, haciendo, si cabe, todavía más patente la discriminación denunciada, este sistema que se viene aplicando resulta incompatible con la expresión de carrera consolidada del funcionario en situación de servicios especiales utilizada por el EBEP.

9. LA SITUACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALES COMO DERECHO LABORAL Y/O ESTATUTARIO DEL FLHN.

Los miembros de las Corporaciones Locales tienen reconocidos una serie de derechos vinculados a su situación laboral y/o estatutaria, en función del desempeño de sus cargos con o sin dedicación exclusiva, que determinarán su pase a una u otra situación administrativa. La finalidad de los mismos obedece a la necesidad de dotar de protección el ejercicio de sus derechos. Evitando que una modificación en sus condiciones laborales pueda suponer un obstáculo o dificultades añadidas para su correcto desarrollo.

En esta materia debemos diferenciar en función de que nos encontremos ante un miembro de la Corporación Local que tenga la condición de funcionario, y en cuyo caso a su vez se condicionará a su régimen de dedicación, o que sea personal laboral ajeno a la administración.

Ya hemos visto el carácter bifronte que presenta la situación administrativa de servicios especiales, la cual, además de configurarse como derecho del cargo electo, es fundamentalmente un derecho laboral del funcionario de carrera que le permite ejercer los derechos representativos del artículo 23.2 CE sin merma alguna de sus derechos profesionales, evitando, de esta forma que, modificaciones de sus condiciones laborales, pueda suponer un menoscabo en el Derecho a su carrera, que como ya hemos argumentado, supondría una perturbación ilegítima en el acceso y la permanencia en el cargo público.

10. CONCLUSIONES:

Durante más de tres décadas de jurisprudencia constitucional, se ha consolidado una línea jurídica argumental basada en múltiples situaciones concretas llegadas mayoritariamente de la casuística producida por centenares de recursos de amparo, que ponderaban intereses en conflicto y limitaban, en ocasiones, determinadas arbitrariedades del poder inadmisibles en un estado de democrático.

A lo largo de estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación constructiva y definitoria del derecho fundamental de participación

política, un derecho que, aunque recibe la denominación de derecho de configuración legal, se ha convertido en un derecho de construcción jurisprudencial. No ha sido la Ley, o no solo la ley, la que ha concretado y desarrollado el contenido del derecho, sino el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.

La fórmula utilizada por la Dirección General de la Función Pública para declarar en situación administrativa de servicios especiales a FLHN se puede concretar genéricamente en la siguiente expresión:

“El tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”.

Su contenido es determinante para formar la voluntad de acceso al cargo público, y en esa confianza, su titular se mantiene en el tiempo, por considerar que tal situación no afecta de forma negativa a la carrera profesional del mismo.

Considera la Dirección General que en los concursos de traslados el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no puede computarse como servicios en activo, en el apartado A (A.1.a y A.1.b.), y que sí se computan como servicios efectivos, pero distintos del servicio activo, en el apartado E) Antigüedad, cosa que supone una diferencia de puntuación importante. Considera que debe tenerse en cuenta, en este sentido, que en el apartado E) Antigüedad, del citado artículo 1 de dicha Orden Ministerial, en el último párrafo, se dispone que no se tendrán en cuenta en dicho apartado servicios que hubieran sido tenidos en cuenta a los efectos de la letra A de dicho artículo. Es decir, los méritos que se reconocen y computan en dicho apartado E), son méritos por servicios efectivos prestados, si bien de una clase distinta a los servicios activos, sin que puedan computarse de forma independiente a los méritos por servicios prestados. De tal forma, que los servicios prestados deben computarse, o bien en el apartado A, correspondiente a los servicios activos, o bien en el apartado E) Antigüedad, según corresponda, pero no en ambos apartados simultáneamente.

Considera también que en la Orden de 10 de agosto de 1994 se valoran todos los servicios prestados por los funcionarios. La distinción que se establece entre los prestados en servicio activo y los prestados en situación distinta, se establece de forma general y únicamente en orden a valorar la experiencia en el desempeño del puesto, la cual solamente puede alzarse con el desempeño efectivo del mismo, y que evidentemente, y por diferentes circunstancias, no reunirán todos los funcionarios que participen en el concurso, sin que ello, no obstante, pueda considerarse como causa de menoscabo del derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos, en los términos establecidos en el artículo 87.3 del EBEP.

No obstante, el computo de este tiempo, a efectos de servicios prestados, se debe establecer considerando que se produce o que trae causa de la Administración de origen, y no basándose en la ficción de que dicho funcionario se encuentra en otra Administración Pública, que en el caso de electos locales es evidente que se trata de la

Administración Local, y que incluso pudiera darse la casuística de que se tratará de su propio Ayuntamiento empleador. Por tanto debería ocurrir que a efecto de mérito y promoción no se produjera discriminación alguna entre aquel funcionario en servicios especiales y el funcionario en activo, respecto al cómputo de los servicios prestados, por tratarse en ambos casos de servicio efectivo prestado.

Tal es así que, tras el reingreso a su puesto de funcionario, el FLHN que intente participar en los concursos de promoción profesional o de provisión de vacantes, comprobará cómo es superado en puntuación por otros compañeros de promoción (en situación de homologación de condiciones) como consecuencia de que la Dirección General de la Función Pública puntúa de forma discriminatoria la situación de servicios especiales, en contra del contenido de sus propias Resoluciones: <<**el tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos**>> y no computa, de oficio, el tiempo transcurrido por el funcionario en esta situación a efectos de méritos generales como servicio efectivo, sino que lo valorará como tiempo prestado en otra Administración Pública, y únicamente a efectos de antigüedad.

Resulta pues que el electo local, en su doble condición de miembro de la Corporación y funcionario público, sufre un menoscabo en su carrera profesional al no serle reconocido de oficio como mérito, para su valoración en concurso de promoción profesional o de provisión de vacante, el tiempo dedicado a realizar las funciones representativas de cargo público, por considerarse que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida. Se le obliga así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y el cargo público, ya que solo reincorporándose a su puesto de funcionario podría optar a la aplicación de la evaluación de méritos generales del mismo modo en que se aplican al resto de compañeros de promoción. En definitiva el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Dirección General de la Función Pública debe considerarse lesivo del derecho fundamental de participación política y, de igualdad de acceso y de permanencia sin menoscabo del funcionario público, recogidas en el artículo 23,2 de la CE, puesto que por motivo del ejercicio del cargo de miembro electivo de la Corporación, se le da un trato diferente e injustificado en relación con el resto de funcionarios participantes en los respectivos concursos.

La interpretación que la Dirección General de la Función Pública hace de la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 perturba y menoscaba el Estatuto Jurídico de los miembros de las Corporaciones Locales en el que se integra la situación de servicios especiales por cuanto afecta a sus derechos económicos y profesionales. Todo ello según se desprende de la configuración legal del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE, en el sentido de que, corresponde a la Ley, fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que, una vez creados, queden integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de

que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren (STC 208/2003, de 1 de diciembre, 141/2007, de 18 de julio, 169/2009, de 9 de julio, y 29/2011, de 14 de marzo)

Para mayor abundamiento y por tratarse de un supuesto paralelo, valga traer a colación la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, STC 178/2008 y cuyo objeto de amparo es determinar si la resolución de la Junta de Extremadura por la que se deniega al recurrente el reconocimiento como experiencia profesional del periodo de tiempo en que actuó como liberado sindical, a efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de puesto de trabajo convocado, confirmada judicialmente sobre la base de que la falta de trabajo efectivo durante su liberación sindical resultaba incompatible con la adquisición de la experiencia que se valoraba en la convocatoria, ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) del recurrente, en relación con el derecho a la igualdad (artículo. 14 CE), y al que finalmente se le otorga el amparo por vulnerar el derecho del recurrente a la libertad sindical, restableciéndolo en su derecho, y en base a las siguientes consideraciones:

- *Debe apreciarse la vulneración del artículo 28.1 CE, pues el recurrente ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional al no poder alegar como mérito, para su valoración en el concurso, el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas (por haberse considerado que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida). Se le obliga así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical ya que solo reincorporándose a su puesto de trabajo podría optar a la aplicación de las bases de la convocatoria del concurso relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de trabajadores.*
- *En definitiva, el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, y avalado judicialmente por las Sentencias impugnadas en amparo, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente, puesto que por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. Sacrificio que, contra lo sostenido por la Administración y los órganos judiciales, no encuentra justificación en la pretendida preservación de la eficacia administrativa, puesto que no aparece como una medida idónea, necesaria y, en definitiva, proporcionada para alcanzar el fin previsto.*

Por tanto, cabe concluir que, para poder apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 será suficiente con que se haya producido una restricción ilegítima de

los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten de aplicación, normas que han sido expuestas extensamente en este trabajo, ya sea como prerrogativas del cargo público ya sea como garantías del funcionario, y que vienen a configurar junto con la jurisprudencia constitucional el derecho fundamental de participación política, el llamado “*ius in officium*” y “*ius ad officium*”.

11. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS ACUÑA, Concepción. *Curso monográfico de estudios superiores sobre Proceso Electoral, Gobierno Local en funciones y reorganización de las Corporaciones Locales*, del CEMCI, 2015.

CANOSA USERA, Raúl. *Sinopsis del artículo 23 de la Constitución Española* (Diciembre 2003) Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales (Enero 2011)
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2>

GARCIA GARCIA, María Jesús. “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”. *Revista jurídica de Castilla y León*, 2008

MARTIN NÚÑEZ, Esther. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental”. *Revista catalana de dret públic*, 2008)

MORILLO-VELARDE PÉREZ, Ignacio. “Las situaciones administrativas”, *Estatuto Básico del empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007.

STC 178/2008, por la que se otorga amparo al recurrente frente a la resolución de la Junta de Extremadura por la que se deniega el reconocimiento como experiencia profesional del período de tiempo en que éste actuó como liberado sindical, a efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de vacantes convocado.

