

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 33
Febrero 2023.Semestral

SOBRE LOS CRITERIOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO.

LAS CONSULTAS POPULARES MUNICIPALES

FRANCISCO SUAY OJALVO

PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA PARA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

RAMÓN SASTRE LEGIDO.

COLEGIADOS NO EJERCIENTES. ¿ES LA DECISIÓN SOBRE SU INCORPORACIÓN UNA POTESTAD PÚBLICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES?

ANDRÉS BARRAGÁN ANDINO



www.ajfv.es
ISSN: 2605-2076

Nº33 febrero 2023. Semestral

CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
José Luis Seoane Spiegelberg

COMITÉ EDITORIAL:

Manuel J. Domingo Zaballos
(Coordinador)
Manuel Alcover Povo
José Pérez Gómez
Francisco Pleite Guadamillas

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A,
Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2076

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

SOBRE LOS CRITERIOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

por Juan Francisco Mestre Delgado. Catedrático de Derecho Administrativo. Abogado.

13

LAS CONSULTAS POPULARES MUNICIPALES

por Francisco Suay Ojalvo. Secretario de Administración local, categoría superior. Letrado de la Excma. Dip. Provincial de Cuenca.

31

PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA PARA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por Ramón Sastre Legido. Magistrado. Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León (sede Valladolid).

38

COLEGIADOS NO EJERCIENTES. ¿ES LA DECISIÓN SOBRE SU INCORPORACIÓN UNA POTESTAD PÚBLICA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES?

por Andrés Barragán Andino. Magistrado Sala de lo Contencioso-Administrativo.TSJ de la Comunidad Valenciana

SOBRE LOS CRITERIOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ON THE CRITERIA FOR ADOPTION OF PRECAUTIONARY MEASURES IN ADMINISTRATIVE DISPUTES

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Administrativo. Abogado.

SUMARIO

1. Planteamiento.
2. Una revisión crítica de los criterios generalmente aplicados.
 - A) La suspensión como excepción
 - B) La pérdida de la finalidad legítima del recurso.
 - C) La necesidad de valorar los intereses concurrentes
 - D) El *fumus boni iuris*.
3. En conclusión.

RESUMEN

El sistema de medidas cautelares en el orden contencioso- administrativo mejoró notablemente en la vigente ley de la jurisdicción de 1998, tributario de la mejor doctrina administrativista española así como de algunas resoluciones del TJUE. Veinticinco años después se hace preciso situar el centro de gravedad en la tutela judicial cautelar efectiva lo que obliga a resituar los criterios aplicables y a afrontar una revisión en su interpretación y aplicación que permita, en definitiva, cohesionar de forma coherente la tutela judicial efectiva y la autotutela ejecutiva de las Administraciones Públicas.

ABSTRACT

The system of precautionary measures in the contentious-administrative order was significantly improved by the current law on jurisdiction of 1998, which is based on the best Spanish administrative doctrine as well as some decisions of the Court of Justice. Twenty-five years later, the focus must be placed on effective judicial protection, which means that the applicable criteria must be re-examined and that their interpretation and application must be reviewed so that effective judicial protection and the executive self-protection of public administrations can be coherently reconciled.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares, tutela judicial, finalidad legítima del recurso, fumus boni iuris, irreparabilidad, intereses concurrentes, autotutela administrativa.

KEYWORDS

Provisional measures, legal protection, legitimate purpose of the appeal, irreparability, Fumus boni iuris, concurring interests, Self-regulation.

1. Planteamiento

A) El año en que se cumplen veinticinco años de vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye un buen momento para hacer balance de sus efectos, mediante un análisis y revisión crítica de su contenido, interpretación y aplicación efectiva, siempre con la finalidad de contribuir a la mejora de la regulación y de la resolución de problemas concretos. Una tarea que debe afrontarse conforme a criterios técnicos que no prescindan de la necesaria coherencia del Ordenamiento Jurídico, y que contribuyan al establecimiento de criterios objetivos de aplicación uniforme.

Para esta importante ocasión he considerado que, de entre las numerosas cuestiones que deben ser objeto de reflexión y análisis sobre la Ley de la Jurisdicción, el régimen de las medidas cautelares en el seno del contencioso presenta una relevancia e interés que justifica su selección.

B) El sistema de medidas cautelares existente en nuestro Ordenamiento antes de la Ley 29/1998, se encontraba prácticamente limitado a la suspensión de la ejecución del acto recurrido y estaba construido en torno al criterio de la producción de perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 122 LJCA de 1956) y a su consideración como excepción al principio de ejecutividad de los actos. Frente a este estado de la cuestión reaccionó con vigor y entusiasmo el profesor García de Enterría (fue ilustrativo a este respecto al título del volumen en el

que incorporó diferentes trabajos sobre la cuestión: “La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo”, Madrid 1992) contando con un importante respaldo e impulso en algunas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para plantear la necesaria modificación del diseño que permitiese un ajuste sistemático y coherente con las previsiones constitucionales.

Sin duda la Ley 29/1998 es tributaria, en este extremo, del aludido planteamiento. Como reflejó en su Exposición de Motivos, se habían desbordado “las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad en este punto”, y se consideró preciso actualizar la regulación partiendo de la base “de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”, e incorporando como “criterio para su adopción” “que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto”.

C) Lo que se plantea en este trabajo es una revisión crítica del estado de la cuestión tras veinticinco años de experiencia en la aplicación de la Ley. En particular, centrando el análisis en el presupuesto material para la adopción de la medida cautelar (la pérdida de la finalidad legítima del recurso) y en el “*fumus boni iuris*”, en relación con actos administrativos.

2. Una revisión crítica de los criterios generalmente aplicados.

A) La suspensión como excepción

Es habitual la afirmación conforme a la cual la suspensión es una excepción a una regla general contraria, y que de la misma derivan consecuencias sobre los criterios de interpretación aplicables, que respaldarían un criterio restrictivo. Esta formulación es, inicialmente, determinante de la significación de las medidas cautelares, y por ello debe valorarse adecuadamente.

Inicialmente sólo puede constatarse que la suspensión de la ejecución de un acto administrativo es una excepción a la regla general, sentada en las leyes de procedimiento administrativo desde la de 1958, de la ejecutividad de los actos (a ello alude en algunas ocasiones la jurisprudencia: “nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, artículo 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa”: Auto TS de 2 de febrero de 2023 recurso 1003/2022, que cita la Sentencia de 4 de febrero de 2008, recurso 926/2006; ATS de 30 de enero de 2023, recurso 959/2022). Es una consideración obvia. Pero que limita sus efectos en el contexto interno de la eficacia inmediata de los actos en el ámbito de la actuación administrativa.

Pero la cuestión realmente esencial es la de situar la significación de las medidas cautelares en el ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que es el contexto, coherente, que le corresponde, como ha declarado la jurisprudencia: “el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (Sentencia TC 14/1992, de 10 de febrero); o, en otros términos, “con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil” (sentencia de 10 de octubre de 2006, recurso de casación 5372/2004)” (Auto TS de 2 de febrero de 2023, recurso 1003/2022). Desde esta perspectiva, que obliga a delimitar correctamente el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva en relación al principio de ejecutividad de los actos, no puede sostenerse que las medidas cautelares sean una excepción, ya que integran el contenido normal del derecho fundamental invocado (está así declarado desde antiguo, por ejemplo, en los Autos TS de 2 de marzo y 6 de abril de 1.999; más recientemente, Auto TS de 11 de julio de 2019, recurso 119/2019) o, en otros términos, “la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue” (STC 148/93, 29 de abril)” (ATS 2 de febrero de 2023, recurso 1003/2022, que cita la STS de 21 de octubre de 2004, recurso 1723/2002).

Desde esta perspectiva, inexcusable en mi opinión, la afirmación inicial debe formularse de nuevo, y desde luego debe adecuarse a las exigencias del derecho fundamental del artículo 24.1 CE el criterio interpretativo aplicable.

B) La pérdida de la finalidad legítima del recurso.

a) El presupuesto material que establece la Ley de la Jurisdicción para la adopción de medidas cautelares.

Uno de los elementos relevantes que trató de modificar la Ley de la Jurisdicción fue el presupuesto material que justificaba la adopción de medidas cautelares. Lo hizo vinculándolo con el derecho de la ejecución de las Sentencias, que forma parte igualmente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: “los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (artículo 129.1) o, en otra redacción, “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” (artículo 130.1). Asumió un criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional, según destacó la Sentencia TS de 28 de abril de 1.999, aludiendo a la contenida en la STC 148/93, de 29 de abril que, según señala la citada STS, ha hecho propia la doctrina del TS contenida en los Autos de 20 de diciembre de 1.990 y 23 de abril de 1.991), “subrayando que la justicia provisional forma parte de las convicciones de la vigente cultura jurídica española (y también la de la Unión Europea pues es sabido que el Tribunal de Luxemburgo ha hecho suya también esta forma de tutela judicial)”.

Como ha declarado el Tribunal Supremo, en una doctrina ya asentada, la finalidad legítima del recurso “es que la declaración contenida en la sentencia sobre la legalidad del acto o disposición impugnados pueda llevarse a puro y debido efecto” (Auto TS de 26 de octubre de 1999); o, en los términos de los Autos de 5 de febrero de 2001 y de 29 de abril de 2002, “la adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso”, si bien es preciso añadir, como hizo el Auto TS de 18 de julio de 2002, que también se pierde la finalidad legítima del recurso en aquellos casos “en que la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria”. Resultan igualmente de utilidad los términos del Auto TS de 19 de diciembre de 2022 (recurso 818/2022): “El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales”.

Con diferentes expresiones la jurisprudencia viene a subrayar que la adopción de las medidas cautelares se encuentra en relación directa con la tutela judicial efectiva y a su servicio, para evitar que la ejecución anticipada de los actos impugnados produzca indebidas o innecesarias afectaciones a aquél.

b) El presupuesto que establece la Ley es distinto al criterio, establecido en la Ley anterior y que pervive en la ley de procedimiento administrativo, de la producción de perjuicios de difícil o imposible reparación.

No son pocas las resoluciones judiciales que siguen recogiendo el criterio de la producción de perjuicios de difícil o imposible reparación como determinante de la adopción de medidas cautelares en el seno del contencioso. En resoluciones de órganos judiciales unipersonales es posiblemente más frecuente, aunque también se encuentra en algunas de órganos colegiados, que o bien mezclan ambos criterios, como si fuese equivalentes (por ejemplo, en el Auto TS de 30 de enero de 2023 -recurso 959/2022- se indica que “el artículo 130.1 de la LJCA prevé como presupuesto de la medida cautelar la pérdida de la finalidad legítima del recurso, es decir, el “efecto útil” de la sentencia: que la tardanza en dictar sentencia pudiera hacer inoperante aquel, a lo que hay que añadir que la ejecutividad del acto ocasione daños y perjuicios de imposible o difícil reparación”) o bien lo incorporan como criterio de resolución específico, especialmente cuando se trata de actos de contenido económico, en la misma línea en que se resolvían conforme a la Ley de la Jurisdicción de 1956 (por ejemplo, en el Auto TS de 19

de diciembre de 2022 -recurso 818/2022- referido a la suspensión de una sanción de multa de 3000 euros a un Juez por retraso, se indica que “a ello ha de añadirse que, tratándose de la ejecución de actos de contenido económico, el criterio general que se viene sosteniendo es la denegación de la suspensión, como indica el auto de 19 de noviembre de 2009 (rec. 542/2009) citado por el abogado del Estado, pues: “Estamos ante una sanción económica que como se ha dicho ya por esta Sección en numerosas ocasiones es resarcible “*a posteriori*”, caso de estimarse el recurso interpuesto, y por el contrario, vistos los intereses en conflicto, la suspensión cautelar de la actividad del Consejo General del Poder Judicial, órgano de Gobierno de los jueces, pues al margen de la presunción de legalidad de sus actos, predicable de todos los actos administrativos, en cuanto garante de la independencia del poder judicial, y al mismo tiempo de que ese poder se ejerce con la correspondiente responsabilidad de sus miembros, se proyecta sobre la sociedad, pudiendo afectar a la confianza en el recto funcionamiento de aquel poder. En consecuencia, no siendo irreversible la situación del actor, no se aprecian circunstancias que a tenor de los criterios previstos en el artículo 130 de la ley jurisdiccional aconsejen la suspensión solicitada”).

En mi criterio, se trata de conceptos diferentes, que no pueden equipararse ni sustituirse. La Ley de la Jurisdicción vigente modificó específicamente la regulación para ampliar el ámbito que delimitaba la Ley anterior de 1956, y que no resultaba adecuada a las exigencias constitucionales y a su correcta interpretación conforme al artículo 24 CE.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso trata de posibilitar la efectividad de la tutela judicial; en su formulación más inmediata y habitual se identifica con la garantía de la efectividad de la sentencia, que en principio se refiere a la ejecución en sus propios términos, evitando situaciones consolidadas o de hechos consumados que lo impidan, obligando innecesariamente a una ejecución sustitutiva, pero que incluye otra gama de posibilidades al servicio de la tutela judicial efectiva (por ejemplo, cuando “la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria” -Auto TS de 18 de julio de 2002-) incluida la de evitar que el interesado deba sufrir consecuencias perjudiciales indebidas, injustificadas, desproporcionadas o no precisas en el caso.

Los dos citados reflejan criterios y concepciones muy diferentes del régimen de las medidas cautelares. Conforme al criterio de la irreparabilidad de los perjuicios, los actos de contenido económico (tributarios, sancionadores, de forma destacada) se ejecutan como regla general, porque de ordinario no impiden la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, porque la Administración puede, en términos abstractos, reembolsar el importe de la cantidad económica, en atención a la solvencia de la Administración (un criterio que fue superado por la jurisprudencia hace décadas y que no se integra en la regulación vigente). Pero conforme al criterio de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debe valorarse no sólo la imposibilidad de la ejecución de la sentencia, sino también las demás consecuencias derivadas de la ejecución anticipada que el interesado no tenga obligación jurídica de soportar o no se encuentren justificadas o exigidas por los intereses públicos, ya que todo ello forma

parte de la tutela judicial. ¿Realmente la condición de solvencia de la Administración justifica siempre, sin más valoración, la ejecución anticipada de un acto que impone una obligación de pago de una cantidad económica?; ¿las dificultades que entraña el pago anticipado deben quedar al margen de la valoración en el incidente?. Parece que no, tanto porque entenderlo de otra forma desactiva realmente la tutela cautelar, como porque su aplicación en los términos indicados margina o, al menos, relativiza notablemente, la necesaria valoración de los intereses concurrentes. Todo ello sin olvidar que, al menos en lo que a la ejecución anticipada de sanciones se refiere, la jurisprudencia ha valorado la situación financiera acreditada de la persona o entidad que ha de satisfacer el pago de la multa, para considerar que si la ejecución anticipada hiciese peligrar su estabilidad u ocasionar otro perjuicio difícil de indemnizar en el caso de una eventual estimación del recurso, se justifica la medida cautelar (en este sentido, y entre otros muchos, los Autos del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1991, 16 de octubre de 1992 y 19 de septiembre de 1994).

C) La necesidad de valorar los intereses concurrentes

El diseño legal incorpora como criterio complementario para la resolución de las medidas cautelares, tras la valoración de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, la de los intereses concurrentes. Está declarado por la jurisprudencia con claridad: “El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada” (Auto TS 19 de diciembre de 2022 -recurso 818/2022-). Esta formulación, estable en la jurisprudencia, refleja bien a las claras que no es posible valorar únicamente el criterio de la pérdida de la finalidad legítima (que debe concurrir, como presupuesto material, interpretado de forma amplia desde la perspectiva, y al servicio, de la efectividad de la tutela judicial) sino que la decisión en cada caso debe manejar también los intereses concurrentes. Esta es una ponderación esencial para situar correctamente un necesario ajuste, adecuación o equilibrio entre las exigencias de la tutela judicial cautelar efectiva y la autotutela ejecutiva que adorna la actuación administrativa, que no es un fin en sí mismo ni una regla de aplicación automática, sino un instrumento al servicio de la satisfacción de los intereses generales, que es la justificación y la finalidad de cualquier actuación de las Administraciones Públicas, conforme a lo establecido en el artículo 103.1 CE.

En mi criterio, es particularmente acertada la jurisprudencia, que arranca con anterioridad a la vigencia de la LJCA/1998, conforme a la cual “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios

de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso” (Autos TS de; en el mismo sentido, los de 11 de octubre de 1987, 7 de marzo y 15 de abril de 1988, 10 de diciembre de 1991, 23 de octubre de 1.992, 28 de diciembre de 1.993 y 21 de enero de 1.994; más recientemente, la STS de 16 de julio de 2002 y las resoluciones en ella citadas, y el Auto TS 19 de diciembre de 2022 -recurso 818/2022-).

Este criterio imposibilita considerar que la propia autotutela administrativa (ni la declarativa, a la que se anuda la presunción de validez, ni la ejecutiva, que reclama con carácter general la ejecutividad abstracta de los actos) constituya a los efectos de tal ponderación el interés público prevalente. Si así fuese, se habría desactivado la eficacia del derecho fundamental, porque todos los actos reclaman de forma abstracta su ejecutividad.

Es imprescindible, por ello, que en cada caso se valoren los intereses concurrentes, que cada una de las partes debe facilitar al órgano judicial, que también deberá valorar su ausencia o su carácter meramente formal, huero de contenido material y por ello demostrativo de la inexistencia, especialmente, de interés público específico en una ejecución inmediata, que es una carga que corresponde a la Administración en el incidente.

D) El *fumus boni iuris*.

El análisis de la operatividad y relevancia de este criterio en la doctrina jurisprudencial no deja de producir cierta desazón o incertidumbre. Reconocida su relevancia inicial como criterio complementario para la decisión sobre medidas cautelares, la jurisprudencia mostró tempranamente un carácter distante, por considerar que entrañaba una invitación a prejuzgar el fondo del asunto, con riesgo para la protección de los derechos de defensa de las demás partes procesales. De forma que con esta formulación parece excluirse de la valoración en el incidente; pero no obstante mantiene una consideración conforme a la cual “adoptar una medida cautelar sobre tal base es excepcional y apreciable restrictivamente pues debe tratarse de una infracción lo suficientemente manifiesta y palmaria que sea apreciable a golpe de vista, es decir, *ictu oculi* o *prima facie*” (Auto TS de 30 de enero de 2023 -recurso 959/2022-). Lo que nos lleva a una obvia paradoja o contradicción: si sólo se puede valorar el *fumus* cuando se considera que concurre una nulidad evidente, se está reconociendo que la invitación a prejuzgar está presente en aquella valoración. No parece que esta pareja de criterios permita obtener una conclusión objetiva y estable.

La misma sensación se produce cuando se atiende a otra línea jurisprudencial, que ha tratado de concretar los supuestos en los que puede apreciarse el *fumus*, tratando de objetivar el alcance de su aplicación. Conforme a la misma “la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* viene limitada por la doctrina jurisprudencial más reciente a aquellos supuestos de manifiesta nulidad de pleno derecho del acto impugnado, o cuando se trata de actos de ejecución de una disposición general declarada nula por sentencia, aunque no sea firme, o actuaciones administrativas contrarias a un reiterado criterio jurisprudencial frente al que la Administración

opone una resistencia contumaz” (Auto TS de 23 de noviembre de 2022 -recurso 513/2022-). En algunas resoluciones anteriores se había incluido en el elenco los supuestos en los que, por alguna razón (no se especificó, en lo que me consta, ninguna en concreto) se hubiese resuelto antes el recurso que el incidente de medidas cautelares. Sucede que esta enumeración no parece prestar la utilidad pretendida: bien por la singularidad del supuesto (la impugnación de actos dictados con base en reglamentos anulados no es precisamente habitual; que no se resuelva el incidente hasta después de la sentencia, tampoco; la impugnación de actos masa presenta igualmente un evidente carácter excepcional) bien porque la resolución presenta otras consecuencias eventualmente (la determinación de los efectos de la anulación de la norma, la relevancia del incidente de ejecución de sentencia en los otros dos supuestos). Esta enumeración tampoco soluciona de forma objetiva y establece la cuestión, por lo limitado y excepcional de la enumeración. También es preciso hacer notar que la jurisprudencia ha añadido, con posterioridad, “que esos supuestos solo son indicativos, “entre otros” decimos en nuestras resoluciones -por todas, STS de 24 de marzo de 2017 (casación 1605/2016)” (Auto TS 10 de noviembre 2021 -recurso 1716/2021- por el que se inadmitió un recurso de casación preparado por la Abogacía del Estado) para tratar de explicar que la jurisprudencia no “reduce la aplicación de la apariencia de buen derecho” a los casos indicados.

La conclusión que se obtiene de todo ello es que se trata de un elemento de valoración complementario, que puede y debe tomarse en consideración para la resolución, pero de forma excepcional para evitar predeterminaciones sobre el fondo del asunto, salvo cuando se considera que la nulidad es ostensible o manifiesta, y que se aplica sobre tres supuestos de conformación excepcional, no habitual o que presentan singularidades en su resolución, aunque podría aplicarse en otros, que no se han definido. Un planteamiento poco previsible y seguro, que no facilita ni la interpretación ni la previsibilidad sobre la resolución.

En mi criterio podría afrontarse una interpretación diferente. Como no es posible prescindir del *fumus boni iuris* en la adopción de la medida cautelar, y esta se integra en el derecho fundamental que garantiza el artículo 24 CE, la relevancia del *fumus* debería proyectarse sobre la seriedad aparente de la impugnación judicial, reinterpretando la interpretación actual citada para configurarlo, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un elemento que contribuya a la eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva; presenta una importancia destacada aún con la modesta función de evitar que quien aparentemente no presenta una posición procesal sólida o fundada no se beneficie de las consecuencias del derecho fundamental a la tutela judicial cautelar efectiva. No se trata, en consecuencia, de indagar anticipadamente –prejuzgando– sobre el fondo del asunto, sino de ponderar el grado de seriedad en el planteamiento procesal de quien insta la medida cautelar, y por ende de quien ejerce un derecho fundamental.

Es el criterio que mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: cuando quien insta la medida cautelar pone de relieve la existencia de una controversia jurídica importante cuya solución no surge de manera inmediata, de modo que, a primera vista, el recurso no carece de un

fundamento sólido, no puede desestimarse la solicitud de suspensión (Auto de 20 de junio de 2003 –Comisión/Laboratorios Servier S.A.–; en el mismo sentido, los Autos de 31 de enero de 1991 –Parlamento/Hanning–, de 17 de julio de 2001 –Comisión/Naloo– y 8 de mayo de 2003 –Comisión/Artegodan y otros–). Es, además, el planteamiento inicial de nuestra jurisprudencia interna, que subrayó que cuenta “con singular relevancia” en la medida en que “permite que a los meros fines de la tutela cautelar se proceda a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva” (así lo refleja el Auto TS de 11 de julio de 2019, recurso 119/2019). Y resulta un criterio semejante al que conformó la jurisprudencia del Tribunal Supremo al hilo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre la “percusión”, a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso especial: en los términos de la Sentencia de 11 de marzo de 1988 (de la entonces Sala Quinta) “una cosa es la afectación o percusión a derechos fundamentales o libertades públicas merecedoras de esta tutela especial, y otra la conculcación o violación de los mismos, pues mientras la primera es el presupuesto procesal especial de este recurso, , la segunda constituye el problema de fondo del mismo”, añadiendo que, “centrándonos en aquella ../..diremos que su apreciación requiere tan sólo confrontar el acto o disposición impugnados y la formulación genérica que de los derechos y libertades fundamentales hace la Constitución ../... Si el contenido del acto o disposición incide de alguna manera en el campo acotado por la Constitución como contenido de los derechos fundamentales y libertades publicas el recurso será admisible”.

De tal forma que, cuando el planteamiento procesal de quien insta las medidas cautelares se presenta, incluso en apariencia, como fundado y razonable (no como el mero intento de demorar, sin motivo o sin motivo aparentemente razonable o fundado, la ejecución del acto administrativo), el Juzgador debe ser proclive a otorgar la medida cautelar, como reflejo de la efectividad de los derechos fundamentales, y en particular del de tutela judicial cautelar efectiva.

3. En conclusión.

Es posible, y preciso, en mi criterio, reflexionar sobre la interpretación de los criterios conforme a los cuales deben adoptarse, o denegarse, las medidas cautelares en el seno del contencioso. La necesidad de situar el centro de gravedad en la tutela judicial cautelar efectiva obliga a resituar los criterios aplicables y a afrontar una revisión en su interpretación y aplicación que permita, en definitiva, cohesionar de forma coherente la tutela judicial efectiva y la autotutela ejecutiva de las Administraciones Públicas.

LAS CONSULTAS POPULARES MUNICIPALES

MUNICIPAL POPULAR CONSULTATIONS

FRANCISCO SUAY OJALVO

Secretario de Administración local, categoría superior.

Letrado de la Excma. Diputación Provincial de Cuenca.

SUMARIO

- I.- La regulación de la consulta popular municipal.
- II.- Naturaleza jurídica de la consulta popular municipal.
- III.- Caracteres de la consulta popular en la legislación básica de régimen local.
- IV.- La consulta popular en la legislación autonómica.
- V.- Conclusiones.

RESUMEN

En el presente artículo vamos a abordar la regulación estatal de la llamada consulta popular, de carácter municipal, como una verdadera llamada a la participación ciudadana. Partiendo de sus notas fundamentales, observaremos la interpretación judicial de su naturaleza y límites, así como del estricto procedimiento que debe seguir.

Por último, nos fijaremos en la regulación autonómica analizando dos leyes de las comunidades autónomas de Euskadi y Baleares.

ABSTRACT

In this article we are going to address the state regulation of the so-called popular consultation, of a municipal nature, as a true call for citizen participation. Starting from its fundamental notes, we will observe the judicial interpretation of its nature and limits, as well as the strict procedure that must be followed.

Finally, we will look at the regional regulation by analyzing two laws of the autonomous communities of Euskadi and the Balearic Islands.

PALABRAS CLAVE

Consulta popular municipal; referéndum; autorización; competencia propia municipal; hacienda local.

KEYWORDS

Municipal popular consultation; referéndum; authorization; own municipal competence; local public treasury.

I.- La regulación de la consulta popular municipal.

La llamada consulta popular municipal viene definida en el artículo 71 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, 7/85, de 2 de abril, (en adelante LRBRL) estableciendo que *“de conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”*.

Los resultados de dicha consulta han sido interpretados según el apartado 2 del artículo 69 de la LRBRL, como no vinculantes en ningún caso, al afirmar que: *“las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”*.

II.- Naturaleza jurídica de la consulta popular municipal.

En primer lugar, debemos indicar que la consulta popular no tiene el carácter de referéndum.

Recordemos que, según el Tribunal Constitucional *“el referéndum es (...) una especie del género ‘consulta popular’ con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral expresivo de la voluntad del pueblo”*¹. Además, el procedimiento se conforma y exterioriza *“a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23”*².

El citado artículo 23 del texto constitucional preceptúa la participación directa en los asuntos públicos por parte de los ciudadanos (además de la mediata, por medio de representantes elegidos y calificada como expresiva de la “democracia representativa”) a través de las

¹ Fundamento décimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero.

² Cuarto párrafo del fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre.

consultas populares previstas en los artículos 92,149,151,152,167 y 168 de la Constitución³, entre las que no se recoge las consultas populares municipales.

Por ello, aunque la consulta popular posee algunos de estos rasgos, no se identifica con el referéndum como ha entendido tanto el Tribunal Constitucional⁴ como el Consejo de Estado⁵ al afirmar que la configuración de dicha consulta popular se restringe a una manifestación de participación administrativa y no de democracia directa.

El motivo principal formal para la diferenciación de estas dos figuras deriva de la norma que las regula legalmente: las consultas populares por vía de referéndum han de ser objeto de Ley orgánica por su reconocimiento constitucional, mientras que la consulta popular local se regula partiendo de la Ley de Bases del Régimen Local y puede ser desarrollada por la legislación de las comunidades autónomas.

La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, afirma en su disposición adicional que *“las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización”*, que por lo tanto, quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Es llamativo este apartado por cuanto al tiempo de promulgación de dicha ley orgánica, la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local no existía y no había por tanto regulación propia de las consultas populares municipales (tampoco estaba vigente la Ley 40/1981, de 28 de octubre, sobre Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales y no se recogía nada en el texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre y evidentemente en La Ley de Régimen Local, texto articulado y refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955).

En este mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁶ afirma que las consultas municipales no cuentan con reconocimiento constitucional expreso, mientras que la Constitución sí contempla las consultas populares refrendarias desarrolladas por la Ley Orgánica que hemos citado y que especifica cuáles son los supuestos considerados como tales, quedando expresamente excluidas de su ámbito, las de ámbito municipal de acuerdo con la LRBRL, que es de donde deriva el artículo 71 LRBRL.

En posteriores sentencias de este mismo Tribunal⁷, se han anulado disposiciones reglamentarias

³ Fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1987.

⁴ En sentencias como la número 119/1995, de 17 de Julio o 103/2008, de 11 de septiembre.

⁵ En dictamen número 1070/2001.

⁶ En sentencia número 14/2017, de 24 de enero.

⁷ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 147/2016 de 25 abril, JUR\2016\111815; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-

de diversos municipios por establecer modalidades distintas de consultas que crean una variedad de regímenes para así intentar librarlas de las exigencias de la legislación básica como si fuesen unas distintas y alternativas consultas populares no referendarias.

También ilustrativa para conocer su naturaleza jurídica es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de marzo de 2018⁸. En la misma, se aborda la impugnación del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Ciempozuelos en su regulación de las consultas populares. De la doctrina del Tribunal Constitucional distingue dos tipos de consultas: referendaria: regulada por la Ley Orgánica 2/80; no referendaria: artículo 71 de la LRBRL, que tiene carácter administrativo y es de ámbito municipal restringida a asuntos de interés local. Esta es la que se puede regular por los Reglamentos Orgánicos con respecto a la legislación básica y la autonómica. El Ayuntamiento de Ciempozuelos ha realizado un desdoblamiento entre dos tipos de consultas populares, las no referendarias del art. 49 y otro género de consultas de los art. 50 a 55 a las cuales no las somete expresamente a los límites del artículo 71 LRBRL. Dicho desdoblamiento de la regulación de las consultas populares municipales carece de fundamento constitucional (por la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional del art. 23.2 CE) y de fundamento legal (ya que los art. 69 y 70 LRBRL no están habilitando una consulta popular distinta de la prevista en el art. 71). Por lo que, la sentencia, anula el reglamento.

Semejante solución la encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 227/2012⁹. Esta resolución judicial establece que la consulta popular es una modalidad cualificada de participación ciudadana y no puede ser regulada reglamentariamente de forma distinta y contraria a la LRBRL, como se intentaba en el municipio de Colmenarejo en su Reglamento de Participación Ciudadana.

Como veremos posteriormente, las legislaciones autonómicas han intentado introducir este carácter de referéndum en las consultas ciudadanas, con resultados desiguales.

III.- Caracteres de la consulta popular en la legislación básica de régimen local.

La legislación estatal básica, que ya hemos citado, nos ofrece las principales características de la regulación estatal de la consulta:

a) Reserva de ley.

En primer lugar, su necesaria reserva de ley estatal o autonómica cuando ésta tenga

Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 14/2017 de 24 enero, RJCA\2017\335; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 449/2015 de 27 octubre, JUR\2015\299551.

⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia número 182/2018 de 6 marzo, RJCA\2018\570.

⁹ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia número 227/2012 de 20 febrero, RJCA\2012\450.

“*competencia estatutariamente atribuida para ello*”.

La asunción de esta competencia ha sido llevada a cabo por todas las comunidades autónomas, bien por la mención expresa de la competencia sobre “consultas populares”, bien por la vía de la relativa al “régimen local”, tal como indica el artículo 148.1.2 de nuestra Carta Magna.

b) Objeto de la consulta.

El meritado artículo 71 de la Ley de Bases establece el objeto de la consulta, a saber, “*asuntos de la competencia propia municipal, de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local*”.

Como podemos fácilmente colegir este objeto requiere un análisis detallado.

1.-Competencia propia municipal.

En cuanto a la competencia propia municipal, la doctrina excluye las consultas en los supuestos de delegación de competencias y de encomienda de gestión. Además, parecería obligada la referencia al artículo 25 de la Ley de Bases, que detalla una larga lista de materias, y que habría que completar con la relativa a los servicios obligatorios o mínimos del artículo 26.

En este sentido la jurisprudencia ha ido perfilando lo que se entiende, concretamente, como competencia propia municipal.

Por citar algunas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 31 de julio de 1996 entiende que la alteración de términos municipales no es un asunto municipal sino intermunicipal, por lo que no cabe consulta popular¹⁰.

La del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 2 de julio de 2004, en cambio, al regular la utilización del dominio público por el concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en el término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles, sin perjuicio de la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones, reconoce la existencia de competencias propias del municipio en esta materia, y por tanto, la posibilidad de realizar una consulta popular¹¹.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 23 de septiembre de 2008, ofrece esta misma visión: se trata de recurrir la denegación de la autorización del Consejo de Ministros para celebrar una consulta popular sobre la aprobación inicial del Plan General de Ordenación

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 725/1996 de 31 julio.

¹¹ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 491/2004 de 2 julio.

Urbanística del municipio de Almuñecar. Interpreta el Supremo que no es lo mismo el concepto de “*asuntos de la competencia propia municipal*” a que alude dicha disposición legal con “*asuntos de la competencia exclusiva del municipio*”. E indica que la aprobación inicial del planeamiento es una competencia propia municipal, otorgando la razón a la entidad local¹².

Es decir, los tribunales aceptan la realización de consultas populares cuando la materia es compartida, incluso cuando la aprobación definitiva depende del órgano autonómico¹³. Cuando se trate de competencias diversas que afectan a una actuación, la independencia procedimental y de resolución provocan la posibilidad de realizar esta consulta siempre que se mantenga en el margen de la materia propia local.

Esta misma postura la encontramos en nueva sentencia del Tribunal Supremo de noviembre de 2012¹⁴, que aborda la denegación por el Consejo de Ministros de una consulta popular sobre la construcción de un puerto deportivo. En la misma se configura la autorización como un acto de control para que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental y material, es decir “*asuntos de “carácter local”, por un lado, y que respecto de ellos el Municipio tenga “competencias propias”, por otro*”. Por lo tanto, afirma que “*quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales. Así se entiende que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurran intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores*”. Pero en este caso se considera que el objeto de la consulta municipal promovida por el Ayuntamiento, “*en razón de la singularidad del emplazamiento elegido para ejecutar el puerto deportivo, en la bahía de la ciudad, que comporta remodelar la fachada marítimo-terrestre, y que forma parte del entramado urbano existente entre el Paseo Marítimo y el Malecón, y que puede calificarse funcionalmente de equipamiento local*”, provoca que “*quedan afectadas directamente competencias propias del municipio en materia de seguridad en lugares públicos y en materia de ordenación urbanística, enunciadas en el artículo 25.2 a) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , por lo que resulta procedente la convocatoria de la consulta propuesta, con la finalidad de que el Ayuntamiento cuente con la opinión de los vecinos*”.

¹² Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 23 Sep. 2008, número de recurso 474/2006.

¹³ Aunque no debemos olvidar nunca que el planeamiento general es un caso ciertamente especial y la aprobación autonómica únicamente debe valorar la adecuación a la legalidad del mismo, no condicionar el modelo territorial válidamente propuesto por el Ayuntamiento.

¹⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 noviembre 2012, RJ\2013\259.

En el mismo sentido, se pronuncia una sentencia de 19 de noviembre de 2014¹⁵ sobre una consulta popular relativa a que el plan general de ordenación urbana recoja como uso autorizado del suelo el de la extracción de hidrocarburos. En este caso se afirma que, más allá de la forma que adopte el acto, lo importante es el asunto sobre el que se pretende la consulta, y al ser competencia propia del Estado y la CCAA no cabe la celebración de la misma.

Antes, con fecha 24 de febrero de 1997¹⁶, el mismo Tribunal, se había pronunciado que la solicitud deducida por dicho Ayuntamiento de autorización para someter a referéndum la incorporación del municipio de Villaverde de Trucios a la Comunidad Autónoma del País Vasco. En este caso no se recondujo la solicitud al artículo 71 de la LRBRL, pero se denegó, aunque, evidentemente, no se trata de un tema estrictamente de competencia municipal y de carácter local.

2.- Exclusión de asuntos relativos a la Hacienda Local.

En cuanto a la exclusión de asuntos relativos a la Hacienda Local, la doctrina y la jurisprudencia lo ha siempre entendido de manera restrictiva, puesto que, si se lleva a sus últimas consecuencias la ambigüedad de la mención, ninguna consulta podría realizarse, porque rara es la medida que no comparta alguna condición económica. En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 14 de noviembre de 1989, en relación con la solicitud de consulta sobre la continuación de las obras del metro de Sevilla, confirmó el pronunciamiento de la sentencia de instancia que señaló que “es un tema local que solo de modo tangencial afecta a la Hacienda local, de modo que es cuestión ajena a la norma”¹⁷.

A este respecto resulta curiosa la Sentencia de 21 de febrero de 2019¹⁸ que abordaba la denegación de la autorización para realizar una consulta popular en el municipio de San Sebastián siendo la pregunta la posibilidad de destinar recursos a la tauromaquia cuando ésta ha sido declarada por el estado como patrimonio cultural y su fomento. El Alto Tribunal entiende que *“no estamos en consecuencia ante un hechos hipotéticos o especulaciones, en lo que a las consecuencia de la consulta popular que pretende llevar a cabo el Ayuntamiento recurrente se refiere, sino ante una realidad incuestionable cual es que la decisión de no destinar medios o instalaciones municipales, tales son los términos de la consulta que se pretende, a la realización de corridas de toros sería contraria a los fines que las Leyes 10/2015 y 18/2013 pretenden, que no es otro que el desarrollo de una actuación de fomento para proteger y difundir aquellas en cuanto forman parte del Patrimonio Cultural”*.

Por último, podemos citar otra sentencia del Tribunal Supremo¹⁹, que resuelve un recurso

15 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 19 noviembre 2014, RJ\2014\6194.

16 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 24 febrero 1997, RJ\1997\1519.

17 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 14 noviembre 1989 RJ\1989\8304.

18 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, Sentencia número 219/2019 de 21 febrero, RJ\2019\659.

19 ¹⁹ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia número 1661/2019 de 3

planteado contra la decisión del Consejo de Ministros de no permitir que se celebre consulta popular en la que el Ayuntamiento de Santa Margalida preguntaba a la ciudadanía si apoyaría la oposición del Consistorio por todas las vías legales a la aprobación del proyecto de nueva estación depuradora de aguas residuales en Can Picafort. Pese a la redacción de la pregunta sometida a consulta, se cuestiona realmente la instalación de la mencionada estación, lo cual afecta a una “*competencia de ámbito estatal*”, y que en sede casacional se justifica por el “*ajustado presupuesto local*”, lo cual es una cuestión que afecta a la Hacienda Local que no puede ser objeto de consulta popular.

3.- Especial relevancia para los asuntos de los vecinos.

En cuanto a la mención de “*especial relevancia para los asuntos de los vecinos*”, se entiende, con claridad, su carácter de concepto jurídico indeterminado que debe estudiarse en cada caso concreto. Pero sin olvidar que toda consulta debe ceñirse al interés local, tal como lo entiende el artículo 137 de nuestra Constitución y la Carta Europea de Autonomía Local.

El Tribunal Supremo, en la citada sentencia de catorce de noviembre de 1989, estableció que “*quedan fuera de la posibilidad de esas consultas, aquellos asuntos que carezcan de interés, o sean normales y habituales en la vida ciudadana, y no encajen en ese concepto jurídico indeterminado, que supone la expresión que emplea la ley de especial relevancia*”. Es decir, no todo asunto que les afecte puede someterse a consulta pública, sino aquellos novedosos que les afecten directamente.

4.- Adecuación a la legalidad de la consulta.

La consulta debe adecuarse a la legalidad, puesto que no cabría una consulta sobre un aspecto contra la misma, viciando al acto de nulidad o anulabilidad, según que estuviéramos en presencia de los requisitos de los artículos 47 o 48 de la Ley 39/2015.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia, en una sentencia²⁰, aborda el caso de una consulta sobre un festejo taurino e indica que: “*En el caso que aquí se examina, es cierto que el Ayuntamiento articuló un proceso peculiar de consulta popular que no se compadece con las previsiones del art. 71 de la Ley de Bases de Régimen Local, pero no lo es menos que tampoco era dicho proceso necesario en modo alguno y su finalidad se limitaba a lo estrictamente consultivo o de sondeo de opinión, si se prefiere. La realidad es que la declaración final sobre el acuerdo o no con la celebración del festejo pretendido es emitida por el consistorio con independencia del proceso empleado para asesorarse, consultar o aconsejarse, siendo irrelevantes las vicisitudes de una consulta alega que no tiene efecto*

de diciembre, de 2019, número de recurso 197/2018.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia número 67/2020 de 5 de febrero 2020, número de recurso 119/2018.

jurídico alguno. Y es que en este punto por supuesto cabe estar plenamente de acuerdo con el actor, ya que la consulta efectuada no puede estimarse ni válida, ni vinculante; ocurre sin embargo que tampoco se puede pretender que jurídicamente lo fuera, y por ello de la misma manera que no sirve para fundar la declaración de disconformidad, tampoco sirve para fundar la de conformidad pretendida”.

c) Sujetos de la consulta popular.

Seguidamente debemos analizar los sujetos de la consulta popular. Tal como establece el artículo 71 de la Ley 7/85, participan tres sujetos, a saber, los vecinos, el Ayuntamiento (Alcalde y Pleno) y el Gobierno de la Nación. Vamos a analizar cada uno de ellos pormenorizadamente.

1.- Vecinos.

La primera cuestión que se plantea es la posibilidad de que, tanto de modo individual como colectivamente, soliciten a la entidad local la celebración de una consulta popular. La propia Ley de Bases así lo recoge en la letra f) del apartado primero del artículo 18 de la LRBRL, configurando como derecho de los vecinos el solicitar la consulta popular en los términos establecidos por la ley.

En sentencia de 14 de noviembre de 1989²¹, aborda la obligación o no de un alcalde de tramitar una consulta popular promovida por un grupo de ciudadanos. El Tribunal entiende que la consulta popular es un derecho público subjetivo, que debe ser tramitada y ofrecer una respuesta motivada sobre su celebración, respuesta que será susceptible de revisión jurisdiccional, puesto que se enmarca “*del amplio marco que constituye el artículo 106.1 de la Constitución, y que la jurisprudencia interpreta en el sentido de mostrarse absolutamente contraria al mantenimiento de actos o zonas inmunes al control jurisdiccional*”.

Otra del Tribunal Superior de Justicia, el de Cantabria²², analiza si a solicitud de una Plataforma de Vecinos se debía realizar una consulta popular sobre la Ordenanza Municipal Reguladora de las Condiciones Urbanísticas de Localización e Instalaciones de Telefonía Móvil Celular y otros Equipos Radioeléctricos de Telefonía Pública. La sala estudia si se trata de un derecho subjetivo e indica que no nos encontramos ante una solicitud fundada en un derecho subjetivo o en una norma previa habilitante el de los vecinos a solicitarla, sino ante un derecho de petición: “*el derecho de petición, tal como ha recordado el Tribunal Constitucional en sentencias 161/1988 y 242/1993, no incluye el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado, pero desde la perspectiva del destinatario, origina dos obligaciones para la*

²¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 14 de noviembre de 1989, RJ/1989/8304.

²² Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia número 491/2004 de 2 julio, RJCA\2004\501.

organización pública receptora: una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final, comunicar al interesado la resolución que se adopte". Reconoce la sentencia que existirían competencias propias del municipio porque los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones por su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles, sin perjuicio de la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones. La desestimación del Tribunal radica en que la pregunta de la consulta se realizó de forma genérica, sin incluir los concretos aspectos sobre los que debe versar, cuestión que resulta trascendente a efectos de determinar que su contenido sea realmente de competencia municipal.

2.- Órganos municipales del Ayuntamiento.

Establece el citado precepto legal que será el Alcalde el órgano competente para someter a consulta popular los asuntos. No obstante, esta decisión administrativa, requiere autorización del Gobierno de la Nación, previo acuerdo del Pleno por mayoría absoluta.

Es decir, el Alcalde conserva en esta materia la iniciativa para someter la realización de la consulta popular para su autorización al Pleno²³ y su posterior remisión al Gobierno. Esta última solicitud y su concreta realización se enmarcarían en las competencias relacionadas en la letra r), del apartado primero del artículo 21 de la Ley de Bases, cuando literalmente indica como tal, el *"ordenar la publicación, ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento"*.

No obstante, también en cumplimiento de la letra b), apartado segundo del artículo 46 de la LRRL, el Pleno puede celebrar sesión extraordinaria cuando lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación, pudiendo incorporar como punto del orden del día, la aludida consulta popular.

3.- Participación de otros órganos.

a) Se ha debatido sobre si es necesaria la participación de las Juntas Electorales en las consultas populares. La cuestión ha sido resuelta por la Junta Electoral Central que, en relación con una consulta popular autorizada por el Consejo de Ministros el 5 de junio de 2009, con motivo del cambio de denominación oficial del municipio, en sesión de 12 de noviembre de 2009 afirmó tanto la legislación aplicable como su falta de competencia.

²³ Tal como explicitan los artículos 80 y 82 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que residen en el Alcalde la fijación del orden del día y la convocatoria de las sesiones plenarios.

Literalmente: *“las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos términos, se regirán por la legislación de régimen local y a salvo, en todo caso, de la competencia exclusiva del Estado para su realización. En consecuencia, resultará aplicable la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como la legislación autonómica en la materia”. Y “las Juntas Electorales carecen de competencia en relación con las consultas populares de ámbito local”.*

Con posterioridad trataremos el tema de la legislación autonómica de desarrollo.

b) Participación de los órganos forales.

Ha sido también ampliamente debatido la posibilidad de otros órganos de convocar las consultas populares. Por ejemplo, los órganos forales tales como la Diputación Provincial de Gipuzkoa. El Tribunal Supremo ha solventado el tema, manteniendo la primacía de la legislación básica en cuanto a los órganos competentes para su convocatoria y, en sentencia de marzo de 2018, afirmaba que la consulta popular debería hacerse convocado por el Ayuntamiento y no por los órganos forales²⁴, al igual que lo hizo ya en sentencia de 9 de septiembre de 2015²⁵.

IV.- La consulta popular en la legislación autonómica.

En el presente trabajo dadas sus dimensiones, vamos a tratar alguna legislación autonómica que haya regulado las consultas populares.

A) Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

1.- Características.

En primer lugar, nos referiremos a la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, solamente desde el punto de vista de la consulta popular.

Ya en el artículo 1, al definir el objeto de la ley, considera como tal la regulación de los referéndums municipales, previstos en la disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980 y en el artículo 71 de la LRBRL. Las condiciones esbozadas para su ejercicio se circunscriben a asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los ciudadanos del municipio, con exclusión de los referentes

²⁴ Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Sentencia número 396/2018 de 12 Mar. 2018, número de recurso 3287/2015.

²⁵ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia, de 9 de septiembre de 2015, número de recurso contencioso-administrativo número 675/2013.

a la hacienda local.

Como podemos entender resulta paradójico la terminología utilizada, referéndum, cuando en ningún caso se han considerado a las consultas populares como tales y la mención a la disposición adicional que como tal las excluye, tal como hemos establecido.

En el artículo 2 afirma que la ley es aplicable a todas las entidades locales, previendo un posible desarrollo reglamentario y especificando que los referéndums municipales son aplicables a todos los municipios y entidades locales menores de las Islas Baleares.

2.- Referéndums municipales.

En el Título II se abordan los referéndums municipales²⁶ y concretamente en el artículo 10 se definen los mismos como *“el instrumento de democracia directa para conocer la voluntad de las personas mayores de edad, censadas en un municipio, expresada mediante votación, sobre asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de una especial relevancia para los intereses de la población, a través de un proceso que goce de las garantías del proceso electoral”*.

Se excluyen los asuntos relativos a la hacienda local, pero se establece que el resultado de la misma, siempre y en todo caso, será vinculante para la autoridad convocante.

En los artículos posteriores se establece que pueden participar en el mismo las personas residentes que gocen de sufragio activo. Y que se puede referir a todo el municipio o una parte concreta del mismo.

Se detalla pormenorizadamente tanto la iniciativa como el procedimiento. A destacar es que pueden iniciar el procedimiento institucionalmente un grupo municipal, el Alcalde o la mayoría simple del Pleno. A su vez, se establece la posibilidad de inicio popular, con un número mínimo según los habitantes del municipio, creando una comisión promotora. Desde los veinte días de su presentación se emite informe del Secretario y el Alcalde decide sobre su admisión o no²⁷, teniendo la falta de respuesta los efectos del silencio positivo administrativo. Este acuerdo del Alcalde es recurrible en alzada ante el pleno, que agota la vía administrativa.

Resulta también de interés resaltar que la propuesta, en ambos casos, debe ser aprobada por mayoría absoluta del Pleno y autorizada por el Gobierno del Estado. La celebración de realizará en un plazo de tres meses.

²⁶ Su título es “De la democracia directa. Los referéndums municipales”.

²⁷ Son motivos de inadmisión: a) Que la materia relativa a la consulta no sea de la competencia municipal; b) Que ya haya en trámite en la misma corporación municipal una consulta con el mismo objeto o esencialmente parecida. c) Que no cumpla alguno de los requisitos que determina esta ley.

3.- Consultas ciudadanas.

En el capítulo III del Título III se regulan las consultas ciudadanas. Así el artículo 50 las define como *“un instrumento de democracia participativa, convocado por la Presidencia del Gobierno, por alguna o algunas de las presidencias de los consejos o por alguna o algunas las presidencias de los ayuntamientos de las Illes Balears, con el objeto de conocer la opinión de las personas inscritas, hasta el día de la convocatoria, en la subsección correspondiente del Registro Único de Participación Ciudadana, expresada mediante votación, sobre una determinada actuación, decisión o política públicas de su competencia. El resultado de una consulta ciudadana no será nunca vinculante ni puede ser interpretado como la expresión de la voluntad general de la ciudadanía”*.

Este Registro es regulado en el artículo 40, de inscripción voluntaria para *“cualquier persona que esté empadronada en un municipio de las Illes Balears, siempre que haya cumplido dieciséis años. También se pueden inscribir, a través de la sección de las entidades ciudadanas, las personas jurídicas sin ánimo de lucro”*.

Dicha inscripción *“otorga el derecho a ser parte activa en los instrumentos de participación ciudadana, de acuerdo con las previsiones de esta ley y su desarrollo reglamentario. Al mismo tiempo, sólo las personas inscritas pueden participar en estos procesos participativos”*.

La consulta tiene una serie de límites, fijados en el artículo 51:

“1. No se pueden hacer consultas ciudadanas en las que se convoquen todas las personas inscritas en el censo electoral.

2. No se pueden formular consultas ciudadanas en las que se pida una opinión al grupo de ciudadanos consultados relativa a la posibilidad de reducir, limitar o restringir los derechos y las libertades fundamentales de la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución Española ni los que afecten al título I del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

3. Los asuntos relativos a los deberes tributarios en ningún caso pueden ser objeto de consulta ciudadana.

4. La consulta ciudadana no puede ser convocada ni tener lugar en el periodo comprendido entre la convocatoria y la celebración de elecciones de diputados y senadores a las Cortes Generales, al Parlamento de las Illes Balears, de los miembros de las entidades locales o de los diputados del Parlamento Europeo, o de un referéndum, cuando estos se efectúen en el ámbito territorial afectado por la consulta popular”.

La iniciativa puede ser institucional o popular en la municipal, con las mismas características, en cuanto a la iniciativa que el referéndum. En el procedimiento no se requiere más que

acuerdo plenario (sin especificar la mayoría necesaria, así que la entendemos simple), pudiendo desestimarse cuando exista falta de competencia en relación con la materia objeto de consulta; cuando se incumpla algún requisito no subsanable; coincida con la tramitación de una consulta con el mismo objeto o esencialmente parecida; cuando se haya celebrado una consulta por una cuestión igual o parecida en los 24 meses anteriores a la presentación de la nueva propuesta; o cuando no se haya presentado o se haga fuera de plazo de las enmiendas de las deficiencias apuntadas.

4.- Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de Illes Balears.

Las dudas suscitadas en cuanto a la legalidad de algunos preceptos de la Ley, provocó la reunión de la Comisión Bilateral, tal como dispone el artículo 33 de la Ley 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que llegó a un acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 14 de enero de 2020.

El primer compromiso asumido por la Comunidad Autónoma es la modificación del apartado dos, en el sentido de que *“los preceptos de esta Ley que regulan los referéndums municipales sean aplicables exclusivamente a los municipios, y no a las entidades locales menores”*.

El motivo de ello es ajustarse a la competencia exclusiva del Estado en orden al establecimiento de la institución del referéndum ex arts. 81.1 –en relación con el desarrollo del derecho fundamental del art. 23–, 149.1.18 –sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas–, y 149.1.32 de la Constitución Española, tal y como se han desarrollado en la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de Modalidades de Referéndum, y en el artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y en los términos fijados por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 137/2015, de 11 de junio, Fj.4.d), ha recordado que *“(…) sólo mediante normas estatales pueden preverse... los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, (...)”* y todo ello sin perjuicio de la regulación de las consultas populares no referendarias de las entidades locales menores como mecanismo de democracia participativa. Es decir, se mantiene la posibilidad de referéndums en los municipios, pero no en las entidades locales menores por no estar previsto en legislación básica ni orgánica. La duda que nos asalta es si los referéndums, tal como se redactan en la norma, tienen cabida legal en los municipios, con resultados vinculantes.

Precisamente sobre la vinculación trata el segundo acuerdo, volviéndose a obligar la comunidad a promover la modificación del apartado tres del artículo 10 con la siguiente redacción: *“El resultado de este tipo de consulta será vinculante para la autoridad convocante en los supuestos en que así se prevea en la legislación estatal”*. El motivo vuelve a ser ajustarse a la competencia exclusiva del Estado en orden a la regulación de la disciplina del referéndum, con el alcance interpretado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 137/2015, de 11 de

junio, Fj.4.d), que establece que “(...) *sólo mediante normas estatales pueden preverse (...) el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular*”.

En tercer lugar, se acuerda que la Comunidad modifique la Ley en el sentido que el referéndum municipal se debe circunscribir siempre y en todo caso a todo el término municipal, con la finalidad de ajustarse a la competencia exclusiva del Estado en orden al referéndum, en los términos definidos por la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas STC 137/2015, de 11 de junio, que atribuye a las consultas referendarias el carácter de consultas generales por virtud de su llamamiento a todo el cuerpo electoral del ámbito territorial correspondiente.

En cuarto lugar, se asume el compromiso de promover la modificación del apartado cuatro del artículo 16, suprimiendo la referencia al recurso de alzada, con la finalidad de ajustarse a la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico local ex artículo 149.1.18 de la Constitución Española, en los términos previstos en el artículo 52 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El resto del acuerdo y en lo que nos interesa, la Comunidad asume el compromiso que la consulta popular sea dirigido al cuerpo electoral, como conjunto de vecinos del municipio que, al tiempo de la convocatoria de la misma, gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, ejerciendo su derecho al voto a los artículos 2 a 5 y 85 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Podemos ver cómo se ha vuelto a una regulación semejante al artículo 71 de la LRBRL, aunque, sorprendentemente, no hemos encontrado publicación alguna en el BOE de la modificación de la norma. No obstante, con la doctrina expuesta, la denominación de referéndum pareciera no respetar los límites legales.

B) La Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

La Norma de 2016 de Euskadi, recoge tres modalidades de consultas populares en los artículos 80 a 82.

1.- Consultas populares.

En el artículo 80 se define la primera de ellas de modo semejante al artículo 71 de la LRBRL. Literalmente se dice “*De conformidad con la legislación básica de régimen local, los alcaldes o alcaldesas, previo acuerdo por mayoría absoluta del pleno y autorización del Gobierno del Estado, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de la comunidad vecinal, con excepción de los relativos a ámbitos vedados en la legislación básica de régimen local*”.

No obstante, en los apartados cinco se establece la posibilidad de incorporar al censo, por la secretaría de la entidad local de forma excepcional *“en función de la materia objeto del proceso de consulta, podrán intervenir en estas consultas populares las personas extranjeras residentes y las personas menores de edad que tengan al menos 16 años cumplidos en el momento de inicio de la votación”*.

Y en el apartado sexto se indica que *“las consultas serán vinculantes, siempre que no existiera norma legal que impidiera total o parcialmente su realización”*.

2.- Consultas sectoriales o de ámbito territorial limitado.

Este tipo de consultas solo afectan a una parte de la ciudadanía, en función del tema sectorial a tratar o, en su caso, del ámbito territorial en el que las mismas se desplieguen (barrio, entidad local menor o distrito municipal).

La convocatoria de estas consultas será competencia del alcalde o alcaldesa, previa su aprobación por el pleno por mayoría absoluta.

En ellas, como en la consulta anterior, podrán tomar parte las personas extranjeras y las personas mayores de 16 años empadronadas en el municipio.

Nada se afirma sobre su carácter vinculante o no.

3.- Consultas ciudadanas abiertas de carácter local sobre políticas o decisiones públicas de especial relevancia.

De forma genérica se indica que *“las entidades locales vascas podrán llevar a cabo consultas ciudadanas abiertas de carácter local sobre políticas o decisiones públicas”*. En este caso se contempla la posibilidad de regulación reglamentaria municipal.

También, en función de la materia objeto de la misma, podrán tomar parte las personas extranjeras y las personas mayores de 16 años empadronadas en el municipio.

La materia objeto de consulta se limita *“a aquellas políticas públicas, decisiones o asuntos de la competencia de los municipios. No podrán realizarse consultas sobre aspectos vinculados con los ingresos públicos, salvo que se refieran a los aspectos de competencia municipal referidos a los tributos locales.”*

Se afirma que *“los resultados de las consultas no tendrán en ningún caso carácter vinculante para el gobierno local. No obstante, si la decisión final se apartara de los resultados de la consulta abierta, se deberán motivar expresamente las causas que justifican tal acuerdo”*.

4.- Resolución de 3 de febrero de 2017, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado - Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

Este acuerdo fue publicado en el BOE de 17 de febrero. Vamos a analizar sólo lo referido a las consultas que hemos relatado.

Sobre el artículo 80, en lo relativo a participación en las consultas de extranjeros residentes y menores de al menos 16 años, ambas partes entienden que *“debe entenderse referido a las consultas sectoriales o de ámbito territorial limitado, cuyo destinatario no incluya el conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial, es decir, el cuerpo electoral de dicho ámbito”*.

Además, en cuanto al carácter vinculante de la consulta se entiende que *“ha de interpretarse y aplicarse de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local y, en particular, de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 69.2) y 71, por lo que en tanto dichos preceptos básicos no resultaren modificados, tales consultas no podrán tener carácter vinculante, siendo el Pleno quien debe ejercer su facultad al respecto”*.

En cuanto a las consultas ciudadanas abiertas y a las consultas de naturaleza sectorial o de ámbito territorial limitado, se acuerda la exclusión de las mismas de aquellas *“consultas cuyo destinatario incluya el conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial, es decir, el cuerpo electoral de dicho ámbito”*.

Como en el supuesto anterior, el Estado mantiene incólume su normativa básica, en este caso, mediante una interpretación de la norma.

V.- Conclusiones.

Hemos abordado en el presente artículo la regulación legal de la consulta popular municipal, desde su configuración legal en los artículos 68 y 71 de la LRBRL. Partiendo de la distinción del instituto jurídico del referéndum, se ha definido su naturaleza jurídica acudiendo a la doctrina jurisprudencial.

Asimismo, se han establecido sus características principales, estudiando la jurisprudencia en cuanto a la definición de competencia propia municipal y a los asuntos de especial relevancia vecinal, así como en cuanto a la exclusión de los asuntos propios relativos a la hacienda local.

Con respecto al procedimiento, se han abordado los sujetos intervinientes en su tramitación, necesariamente los municipales, con el obligatorio acuerdo por mayoría absoluta del pleno y la innegociable autorización del Consejo de Ministros.

Hemos resaltado el carácter de legislación básica de la LRBRL, en particular sobre la participación de aquellos vecinos inscritos en el censo y su carácter no vinculante, como consecuencia del estudio del desarrollo autonómico en las Comunidades Autónomas de Euskadi e Islas Baleares.

Con todo, nos queda la idea de la consulta municipal popular como sujeta a esta legislación básica, con unas características y condiciones fuertemente reguladas estatalmente, con necesaria autorización del Consejo de Ministros.

La regulación autonómica debe ir en este sentido, con posibilidad de desarrollo legal de la legislación básica en materia de procedimiento e iniciativa. El resto de consultas, tal como se desarrollan, responden más a las previstas en la participación ciudadana de la Ley 39/2015, de uno de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA DE LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

PROPOSAL FOR A DEFINITIVE SOLUTION FOR THE RENEWAL OF THE GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIARY

RAMÓN SASTRE LEGIDO.

Magistrado. Especialista en el orden contencioso-administrativo. Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León (sede Valladolid).

NOTA DE REDACCIÓN. Por error del Comité Editorial, en el número de septiembre se publicó una versión anterior de este artículo. Lo enmendamos con la publicación del texto remitido por D. Ramón Sastre en julio de 2022.

SUMARIO

- I. Planteamiento de la situación.
- II. El Consejo General del Poder Judicial.
- III. Propuesta que se formula.

RESUMEN

El presente trabajo pretende establecer una propuesta de solución definitiva ante la falta de renovación del actual Consejo General del Poder Judicial, que ha sobrepasado con creces, y no por primera vez, la duración de su mandato de cinco años. La propuesta que se formula se hace dentro del actual marco constitucional y comporta que los doce vocales de procedencia judicial sean elegidos por ellos, reservado al Congreso de los Diputados la propuesta de “cuatro” de los vocales y al Senado la de otros “cuatro”, elegidos en ambos casos como dispone el artículo 122.3 de la Constitución. Esta propuesta no puede considerarse corporativa y responde al criterio defendido por la Unión Europea y por el Consejo de Europa. Con ella se conseguirá la renovación en plazo de una institución tan importante como es el Consejo General del Poder Judicial, lo que contribuirá al fortalecimiento de la democracia en España.

PALABRAS CLAVE

Propuesta de nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial; renovación del Consejo General del Poder judicial; independencia judicial.

1.- Planteamiento de la situación

Uno de los problemas que se plantean en el funcionamiento de la democracia en España se refiere a la renovación de las instituciones establecidas en la Constitución (CE), pues no siempre se cumplen los plazos previstos para las correspondientes renovaciones.

Hace unos meses se procedió al nombramiento de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, de los doce miembros que componen el Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en sustitución de los anteriores cuyo periodo de mandato se había terminado, pero sigue sin renovarse el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), lo que debe hacerse “cada cinco años” en su totalidad desde la fecha de su constitución como dispone el artículo 568 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en virtud de la modificación operada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio. Este periodo de “cinco años” de los miembros del Consejo General del Poder Judicial también se contempla en el artículo 122.3 CE que dispone: *“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”*¹.

Como los actuales vocales del CGPJ fueron nombrados por Real Decreto de 29 de noviembre de 2013 y su Presidente por Real Decreto de 10 de diciembre de ese año, es claro que en la actualidad el citado periodo de “cinco años” terminó en 2018. La finalización del periodo del mandato no determina el cese de sus miembros y no se contempla en la CE, tampoco en la LOPJ de 1985 hasta la reciente reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que el CGPJ quede “en funciones” con sus competencias fuertemente limitadas. En el artículo 570.2 LOPJ, en la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2013, se señala que si las Cámaras no han efectuado la designación de vocales en el plazo previsto el Consejo saliente “continuará en funciones” hasta la toma de posesión del nuevo, estableciendo como única limitación que, hasta entonces, no podrá procederse a la elección del nuevo Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

La reforma llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 4/2021 establece para el CGPJ “en funciones” nuevas e importantes limitaciones como son, entre otras, la de no poder proponer nombramientos de Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y los Magistrados del Tribunal Supremo.

¹ Incluso cuando se escriben estas líneas está pendiente la renovación de otros cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, los dos a propuesta del Gobierno y otros dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

No es mi propósito profundizar ahora en esta discutible reforma de 2021. Solo quiero resaltar que limita gravemente las funciones del CGPJ por no haberse renovado, cuando la causa de esta no renovación no le es imputable, pues deriva de la falta de acuerdo de los grupos parlamentarios mayoritarios para elegir en la regulación actual a los 20 vocales, que se atribuyen 10 el Congreso de los Diputados y 10 el Senado, aunque, como veremos, no siempre fue así².

De las importantes limitaciones que se establecen para el CGPJ “en funciones” quiero resaltar la imposibilidad de hacer las propuestas de nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, pues repercute gravemente en su funcionamiento y con ello en la buena marcha de la Administración de Justicia, ya que el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, como dispone el artículo 123.1 CE, y es evidente que es en el Tribunal Supremo donde se producen más vacantes por jubilación de sus miembros, que son por lo general dentro de la carrera judicial los de más edad. Sobre esa Ley Orgánica 4/2021 se pronunciará el Tribunal Constitucional, que ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella, y sería deseable que ese pronunciamiento no se demorara dada su trascendencia.

No es la primera vez que se incumple el mandato legal de la renovación de los miembros del CGPJ en su totalidad “cada cinco años”. Por ello, el objeto de este trabajo es establecer una propuesta que contenga una solución definitiva, dentro del actual marco constitucional, para la renovación del CGPJ en dicho plazo, lo que redundaría en beneficio de la democracia española dadas las importantes funciones que tiene encomendadas.

2.- El Consejo General del Poder Judicial

El CGPJ no es un órgano del poder judicial. Éste se atribuye a los jueces y magistrados, que son quienes ejercen la potestad jurisdiccional resolviendo los conflictos que se articulan en el proceso. Esto han de hacerlo aplicando la ley, a la que “únicamente” están sometidos como dice el artículo 117.1 CE, sin interferencia alguna, ni de otros poderes del Estado ni de cualquier entidad o grupo social, ni tampoco de los otros órganos judiciales. Por eso dice bien el artículo 13 LOPJ que “Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”. Este aspecto de la “independencia” es la esencia del poder judicial y es garantía del Estado de Derecho.

EL CGPJ se configura en la CE como “órgano de gobierno” del poder judicial. El constituyente no quiso que la gestión del régimen de nombramientos, ascensos, inspección y disciplina de los jueces y magistrados se encomendara a un órgano del poder ejecutivo, como podría serlo el

² Cuando se escriben estas líneas se está tramitando una proposición de reforma de la Ley Orgánica 4/2021 para permitir al Consejo General del Poder Judicial hacer la propuesta de nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional, tema que tampoco es objeto de este trabajo.

Ministerio de Justicia, sino a un órgano específico y autónomo. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, de 29 de julio, *“las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”*.

Se siguió, así, en la CE con el establecimiento del CGPJ el modelo que estaba previsto en la Constitución Italiana de 1947 que contempla un “Consejo Superior de la Magistratura” como órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder y al que corresponde decidir los destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias en relación con los magistrados.

El CGPJ se configura en la CE como órgano de gobierno del poder judicial en garantía de la independencia de éste con una composición mixta. Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá y por veinte miembros nombrados por el Rey, siendo “doce” de ellos “entre” Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que establezca la ley orgánica; “cuatro” a propuesta del Congreso de los Diputados, y “cuatro” a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión, como establece el artículo 122.3 CE al que antes se ha hecho referencia.

Es cierto que en ese precepto no se dice que los “doce” miembros de procedencia judicial, que han de ser nombrados ente jueces y magistrados, tengan que ser elegidos “por ellos”, pues, dado que han de serlo “de todas las categorías judiciales”, se remite a lo que establezca la ley orgánica. Pero también lo es que la elección de esos “doce miembros” por los propios jueces y magistrados responde al espíritu y finalidad de la CE al crear ese órgano, pues en mi opinión es claro que no se atribuía el nombramiento de esos “doce” miembros a los órganos del parlamento, ya que, aquí sí, ese artículo 122.3 CE dispone que el Congreso de los Diputados propone a “cuatro” y el Senado a otros “cuatro”, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas de reconocida competencia, como se ha dicho.

Que el espíritu y finalidad de la CE era que los “doce miembros” del CGPJ de procedencia judicial fueran elegidos por ellos se puso de manifiesto en la Ley Orgánica 1/1980, de 16 de enero, que reguló el primer CGPJ y así lo estableció. Se disponía, así, que los vocales de procedencia judicial “serán elegidos” por todos los jueces y magistrados que se encuentren en servicio activo y que la elección “se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto”, siendo la circunscripción única para todo el territorio nacional. De esos miembros de procedencia judicial integraban el Consejo tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces. No está de más añadir que nadie consideró inconstitucional esa

Ley Orgánica.

Esa regulación del CGPJ se modificó con la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que dispuso que todos los Vocales serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, indicándose que cada Cámara elegiría, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión, procediendo para ello según lo previsto en su respectivo Reglamento, y, además, cada una de las Cámaras propondría, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre esa elección que atribuía ahora al Parlamento la propuesta de los 20 vocales del CGPJ, 10 a propuesta del Congreso de los Diputados y 10 a propuesta del Senado, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en la antes citada STC 108/1985. En esta sentencia se admitió que los 20 miembros del CGPJ –aparte de su Presidente, elegido luego por ellos– fueran elegidos todos ellos por el Parlamento, puesto que la CE no dice que los 12 miembros “entre” jueces y magistrados de todas las categorías fueran elegidos “por ellos”, pero ya advirtió que con la elección de todos ellos por vía parlamentaria *“se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyan los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos”*. Y esto es lo que, opinan muchos, ha sucedido. Aún más, en esa sentencia –que muchas veces se cita por los partidarios de la elección parlamentaria de “todos” los vocales del CGPJ– también se dice, y no está de más recordarlo, que –aunque no se considere bastante para declarar su invalidez– la “existencia y aún la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, *parece aconsejar su sustitución”*.

El sistema de elección de los vocales del CGPJ establecido en la Ley Orgánica 1/1985 ha sido modificado posteriormente para permitir la participación de las asociaciones judiciales y de los propios miembros de la carrera judicial, pero se ha mantenido siempre la elección parlamentaria de los 20 vocales, también de los “doce” miembros de procedencia judicial. Sin embargo, esto no ha evitado lo que algunos han considerado que la elección de los 20 vocales haya respondido a un reparto de cuotas de los grupos parlamentarios mayoritarios, y tampoco que la renovación del CGPJ se haya efectuado al margen de los plazos previstos. En este aspecto debe destacarse que ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado se hacen entrevistas a los candidatos propuestos por las asociaciones judiciales y por los miembros de la carrera judicial que cuentan con los avales requeridos para examinar su idoneidad, pues únicamente se realiza la votación por las Cámaras cuando los candidatos cuentan con los apoyos parlamentarios suficientes para ser propuestos como vocales, esto es, cuando tienen el apoyo de los “tres quintos” de cada Cámara. Esto se produce cuando los grupos parlamentarios –tal vez sería mejor decir cuando los partidos políticos mayoritarios en las Cámaras– se han

puesto de acuerdo en los correspondiente nombramientos. Incluso en algunas ocasiones se ha llegado a hacer público que el Gobierno y el principal partido de la oposición habían llegado al acuerdo sobre quién debía ser el Presidente del CGPJ antes incluso de la constitución de éste, obviando la competencia exclusiva de sus Vocales, que, en la primera sesión constitutiva, deben proceder a la elección de su Presidente.

3.- Propuesta que se formula

En esta situación de falta de renovación del CGPJ en el plazo establecido creo que es el momento de hacer una propuesta que, dentro del actual marco constitucional, la evite.

Considero, de entrada, que cuando se produce una distorsión en el funcionamiento de una institución constitucional como es el CGPJ el camino a seguir es volver al espíritu y a los principios que la propia CE contiene. En este supuesto creo que la senda que ha de seguirse es que los “doce miembros” del CGPJ de procedencia judicial sean elegidos por los propios jueces y magistrados. Así se hizo en el primer CGPJ y nadie dudó de su constitucionalidad. Esta propuesta, que no es novedosa, es la que mejor se ajusta al espíritu y finalidad prevista para esta institución en la CE en aras a garantizar la independencia del poder judicial. Además, permite evitar el bloqueo de su renovación. En este aspecto debe señalarse que al ser los jueces y magistrados los que elegirían a los citados “doce” miembros de procedencia judicial lo harían siempre en el plazo previsto, una vez cumplidos los “cinco años” de su mandato. Ningún interés tendrían los jueces y magistrados que han de participar en esa elección en dilatarla. Así sucede con las elecciones en las que participan en las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia que se efectúan siempre en el plazo correspondiente. De esta forma el CGPJ, aunque en hipótesis el Congreso y el Senado no hicieran las correspondientes propuestas de los “cuatro” miembros que cada una de esas Cámaras tienen que hacer como dice expresamente el citado artículo 122.3 CE en el plazo previsto –lo que sería más improbable, dada la elección producida de los otros doce miembros-, ya estaría compuesto con la mayoría absoluta de sus miembros con la elección de los citados “doce” miembros de procedencia judicial.

Además, esta propuesta viene avalada por la Unión Europea y por el Consejo de Europa de los que España forma parte. Así, en el informe sobre el Estado de Derecho de 2021 referido a España, la Comisión Europea hace referencia, en relación con la falta de renovación del CGPJ, a la “puesta en marcha de un sistema de elección de los jueces miembros por parte de sus homólogos”, y se remite a lo señalado en las normas del Consejo de Europa. En la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010, después de indicar que la independencia del poder judicial “no es un privilegio para los jueces, sino una garantía de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”, que es inherente al Estado de Derecho e indispensable para el funcionamiento del sistema judicial, se señala en su capítulo IV, referido a los Consejos del Poder Judicial, que “No

menos de la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con respeto al pluralismo dentro del poder judicial". Esto es, precisamente, lo que resulta de lo dispuesto en el artículo 122.3 CE.

No me parece aceptable la crítica que a veces se hace acerca del "corporativismo" que supondría volver a la elección de los "doce miembros" de procedencia judicial del CGPJ por los propios jueces y magistrados. De la misma forma que no se considera "corporativa" la previsión del artículo 71.2 CE que exige para la inculpación o procesamiento de los Diputados y Senadores la "previa" autorización de la Cámara respectiva, pues se entiende que está establecida con el fin de garantizar la inmunidad parlamentaria, tampoco debe considerarse "corporativa" la elección que se propone de los "doce miembros de procedencia judicial" por los propios jueces y magistrados porque resulta de lo previsto en el artículo 122.3 CE como se ha reiterado para la constitución del CGPJ, que se configura en garantía de la independencia del poder judicial que, como se ha dicho, no es un privilegio para los jueces, ya que está prevista a favor de los derechos y libertades de los ciudadanos. Además, es el criterio defendido por la Unión Europea y por el Consejo de Europa –también en los numerosos informes elaborados para España por el Grupo de Estados en contra de la Corrupción (GRECO)- para la composición de los Consejos del Poder Judicial y difícilmente puede considerarse que hacen propuestas "corporativas" cuando propugnan que "al menos de la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares", en garantía del Estado de Derecho, que es lo que aquí se defiende y que sabiamente ya había establecido la CE de 1978.

Con la propuesta que aquí se hace se conseguiría la renovación en el plazo establecido de una institución tan importante como es el CGPJ, lo que contribuirá al fortalecimiento de la democracia en España.

No está de más añadir que de aceptarse la propuesta que aquí se formula para que los doce vocales del CGPJ de procedencia judicial fueran elegidos por ellos mismos, habría que resolver el propio sistema de elección, garantizando, además del voto libre, directo y secreto de los electores, la adecuada proporción entre las distintas categorías judiciales y también entre las distintas sensibilidades existentes en la carrera judicial. En definitiva, la elección "*de todos los niveles del poder judicial y con respecto al pluralismo dentro del poder judicial*", como se indica en la citada Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010.

COLEGIADOS NO EJERCIENTES.
¿ES LA DECISIÓN SOBRE SU INCORPORACIÓN UNA POTESTAD PÚBLICA
DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES?

NON-ACTIVE COLLEGIATE MEMBERS.
IS THE DECISION ABOUT ITS INCORPORATION A PUBLIC FUNCTION OF
PROFESSIONAL ASSOCIATIONS?

ANDRÉS BARRAGÁN ANDINO

Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo. Sala de
lo Contencioso-Administrativo. Tribunal Superior de Justicia de la
Comunidad Valenciana

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Planteamiento de la cuestión suscitada.
- III. El caso concreto. Análisis de la STSJCV de 24 de enero de 2023.
- IV. El ejercicio por los colegios profesionales de funciones propias de la Administración a la luz de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- V. Los colegiados no ejercientes como sujetos sometidos a potestades públicas de los colegios profesionales.
- VI. Conclusiones.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar, a partir de un caso concreto, la discutible naturaleza -pública o privada- de la decisión adoptada por los colegios profesionales consistente en la incorporación en su seno de la figura de los colegiados no ejercientes, tomando en consideración para ello la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencial del Tribunal Supremo en la materia y el estudio de la regulación concretamente referida a los colegios de abogados.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyse, based on a specific case, the questionable nature -public or private- of the decision taken by professional associations regarding incorporation of non-active collegiate members, considering the case-law in this field and the study of the regulation specifically referred to bar associations.

PALABRAS CLAVE

Corporaciones de derecho público; colegios profesionales; colegiados no ejercientes; potestad pública; colegiación.

KEYWORDS

Public law corporations; professional associations; non-active collegiate members; public function; membership.

I. Introducción.

Los colegios de abogados y restantes colegios profesionales, en cuanto corporaciones de derecho público, gozan, como se sabe de una naturaleza jurídica peculiar. Se trata de entes de naturaleza mixta pública-privada, según tiene declarado el Tribunal Supremo¹, entes híbridos, expresión de la interacción Estado-sociedad, con manifestaciones del derecho público y del derecho privado que, tradicionalmente adoptan una forma de personificación pública, como persona jurídica de derecho público, pero que ejercen funciones tanto públicas como privadas; o entes de carácter bifronte, en palabras del Tribunal Constitucional².

Ello es así porque, si bien son entes asociativos de base privada al aglutinar a grupos o conjuntos sectoriales de personas en torno a un determinado fin -principalmente, la defensa y promoción de los intereses comunes de sus miembros-, por otro lado, lo que justifica su inclusión en la categoría de Administraciones Públicas es, como afirman Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ³, la atribución a los mismos, ya sea por Ley o por delegación de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta. De ahí que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) disponga en su artículo 2.4 que “*Las corporaciones de Derecho Público se registrarán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley.*”

Esta combinación de caracteres se materializa, entre otros aspectos, en un diferente régimen jurídico aplicable a sus actos y resoluciones. Así, la regla general es que este tipo de entes se mueva en la órbita del derecho privado al estar encaminadas sus decisiones a la defensa de los intereses corporativos de sus miembros, sujetándose sólo al derecho administrativo aquellos actos dictados en el ejercicio de funciones o potestades públicas, supuesto este último en que estaremos ante verdaderos actos administrativos, enjuiciables, en consecuencia, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento, en su caso, de los recursos corporativos que pudieren haberse previsto.

1 STS n.º 4995/2003, de 14 de julio de 2003. ECLI:ES:TS:2003:4995. Ponente, Trujillo Mamely.

2 STC 113/1994, de 14 de abril de 1994. ECLI:ES:TC:1994:113. Ponente, Cruz Villalón.

3 E. García de Enterría y T. R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, 16ª edición, Civitas, Thomson Reuters.

II. Planteamiento de la cuestión suscitada:

Expuesto lo anterior, considero interesante, pues es discutible, analizar la cuestión que se plantea como título del presente artículo, esto es si la decisión de incorporar o no a un colegiado no ejerciente constituye una potestad pública de los colegios profesionales, concretamente de los colegios de abogados.

Nótese, que la cuestión no es la relativa a la incorporación de los colegiados ejercientes, pues no cabe duda de que bajo la decisión de incorporar o no a éstos subyace el ejercicio de una potestad pública en cuanto cuestión afectante al interés público, cual es, la ordenación del ejercicio de la profesión correspondiente, garantizando que solo accedan a ella quienes cumplan los requisitos legal y reglamentariamente dispuestos; Sino que la discusión se centrará en analizar si también nos encontramos ante una manifestación de función pública de los colegios profesionales -que se haya de regir, por tanto, por el derecho administrativo-, cuando la pretensión de incorporación del futuro colegiado lo es en calidad de no ejerciente. Se trata de una cuestión surgida a raíz de la lectura de la reciente sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2023⁴.

III. El caso concreto. Análisis de la STSJCV de 24 de enero de 2023.

La referida sentencia de la Sala valenciana confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Valencia de 20 de septiembre de 2019, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un ciudadano italiano frente a la inactividad atribuible al Colegio de Abogados de Sueca consistente en la inejecución de un acto firme (artículo 29.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa) obtenido por silencio administrativo, concretamente, la estimación presunta de la solicitud efectuada por dicho ciudadano de incorporarse al citado colegio en calidad de colegiado no ejerciente.

El debate procesal se desarrolló en la instancia en los siguientes términos que describe la sentencia de apelación: *“Expresado en síntesis, la sentencia de instancia funda su pronunciamiento en el entendimiento de que D. A. C había obtenido por silencio administrativo positivo la satisfacción de su solicitud presentada el 23-1-2018 de incorporación al Colegio de Abogados de Sueca en calidad de no ejerciente, seguida de solicitud a dicha Corporación para que ejecutara el acto presunto. Ante la inactividad de dicha Corporación se alzó el Sr. C interponiendo recurso contencioso-administrativo teniendo por objeto tal inactividad ex artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa. Constatado la existencia de acto administrativo presunto que no se había ejecutado a pesar del requerimiento del interesado, el fallo recoge el derecho del demandante- apelado a que se le otorgue número de colegiado no ejerciente y carnet colegial.”*

⁴ STSJ CV n.º 15/2023, de 24 de enero de 2023. Recurso n.º 830/2019. Ponente, Domingo Zaballos.

Frente a dicha sentencia, el Colegio de Abogados de Sueca interpuso recurso de apelación, el cual, como se ha dicho, fue desestimado por la Sala. El motivo nuclear del recurso orbitó en torno a la cuestión que abordamos aquí; y así, fundamentaba el apelante su recurso en la consideración de que la decisión de incorporar al Colegio a un ciudadano nacional de país de la Unión Europea en calidad de no ejerciente no constituía el ejercicio de una función pública, por lo que no le era de aplicación la LPACAP ni, particularmente, el régimen del silencio administrativo positivo que sí le fue aplicado y apreciado en la instancia.

El motivo es desestimado por la Sala. Tras poner de manifiesto que la figura del colegiado no ejerciente se encuentra prevista en el artículo 9.4 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, por ser el vigente en la fecha de los hechos (hoy artículo 8 del nuevo Estatuto General, aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo), y en los propios Estatutos del Colegio de Abogados apelante, la Sala parte de la premisa de que la dualidad público-privada de los Colegios obliga a examinar caso por caso si la concreta actuación desempeñada reviste la consideración de función pública atribuida por Ley o delegada por la Administración. Y en el caso concreto llega a la conclusión de que, efectivamente, la aceptación o rechazo de la solicitud de colegiado no ejerciente supone el ejercicio de una función pública.

Lo verdaderamente novedoso de la sentencia no es, en sí, la solución alcanzada, pues sigue la senda de resoluciones precedentes de otras Salas territoriales⁵, sino que el interés de la sentencia analizada reside en la argumentación efectuada, en los motivos en que se apoya para llegar a la antedicha conclusión.

En este sentido, frente a las precedentes sentencias citadas que vienen a asumir sin cuestionamiento-probablemente porque no se dirimió en el debate procesal la duda aquí planteada- que estamos ante una potestad pública a la que le es aplicable, consecuentemente, la Ley del Procedimiento Administrativo y apreciando particularmente el silencio administrativo positivo ex artículo 24 LPACAP, lo relevante, en cambio, de su homónima valenciana se encuentra, como decíamos, en el razonamiento realizado para llegar a dicha conclusión. Razonamiento, a mi juicio, necesario, pues la naturaleza de la actuación, en cuanto a si es pública o privada, es ciertamente discutible, tal y como aprecia la propia Sala valenciana al no imponer las costas al apelante, pese a ver desestimado su recurso, con fundamento en la existencia de “*serias dudas de derecho*”.

Pues bien, el razonamiento efectuado, basado esencialmente en una consideración formal, se asienta, en primer lugar, en la afirmación de que la incorporación como colegiado tiene un régimen equiparable de requisitos, lo cual -destaca la sentencia-se ha potenciado con la aprobación del nuevo Estatuto General de la Abogacía de 2021 al incrementar de forma

5 Así, la STSJ AND n.º 14161/2018, de 13 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TSJAND:2018:14161, ponente, Alexandre Durán; y la STSJ CAT n.º 1672/2022, de 24 de marzo de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:1672, ponente De Soler Bigas.

considerable los requisitos que se deben cumplir por los solicitantes de colegiación como no ejercientes, y, en segundo lugar, en el hecho de que la regulación contenida en el Estatuto General no hace distinción ni en cuanto al procedimiento aplicable ni en cuanto al órgano competente para decidir sobre la solicitud de incorporación, ya se efectúe ésta en calidad de ejerciente o ya se efectúe como no ejerciente.

Concretamente los términos en que se pronuncia la sentencia, y que han de destacarse por su interés, son los siguientes:

“Los Estatutos Generales de la Abogacía prevén la figura del colegiado no ejerciente, sin que pueda incorporarse al colegio en tal condición cualquier persona en pleno ejercicio de sus derechos – entre otros el fundamental de la libertad de asociación- sino únicamente quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13.1 de este estatuto General, del siguiente tenor: La incorporación a un Colegio de Abogados exigirá los siguientes requisitos: a) Tener nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea o del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, salvo lo dispuesto en tratados o convenios internacionales o dispensa legal. b) Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad. c) Poseer el título de Licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquellos. d) Satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecidas el Colegio. En el número 2 se adicionan requisitos para la incorporación como ejerciente exigirá, entre otros a) Carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la abogacía o b) No estar incurso en causa de incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de la abogacía. Repárese en que la incorporación como colegiado tiene un mismo régimen, a salvo de las exigencias para que la misma se haga como ejerciente o como no ejerciente.

El Estatuto General de la Abogacía hoy vigente, R.D. 135/2021, se sigue contemplando la categoría de colegiado no ejerciente, aumentando sobremanera los requisitos a cumplir por quienes soliciten su incorporación como colegiados no ejercientes, según prevé el art. 9.2; entre ellos carecer de antecedentes penales por delitos que lleven aparejada la imposición de penas graves o la inhabilitación para ejercicio de la Abogacía y también no haber sido sancionado por intrusismo en el ejercicio de la abogacía... como el requisito de , no haber sido sancionado disciplinariamente con la expulsión de un Colegio de la Abogacía...

Volviendo a los Estatutos Generales de la Abogacía de aplicación al caso, los aprobados por R.D 658/2001, de 22 de junio, su artículo 15 no hace distinción en el régimen formal de las solicitudes de incorporación al Colegio:1. Las solicitudes de incorporación serán aprobadas, suspendidas o denegadas por la Junta de Gobierno de cada Colegio, previas las diligencias e informes que proceda, mediante resolución motivada contra la que cabrán los recursos previstos en este Estatuto General. 2. Los Colegios de Abogados no podrán denegar el ingreso en la incorporación a quienes reúnan los requisitos establecidos en el artículo 13 de este Estatuto General.

Si nos atenemos a lo prescrito en los artículos 94, siguientes y concordantes(señaladamente el art. 99) de los Estatutos generales de la Abogacía de 22 de junio de 2001 y, en armonía con ellos el art. 71 y siguientes de los estatutos del Colegio Oficial de Abogados de Sueca vigentes a 18-1-2018(obra en el ramo de prueba certificación de la Secretaria de la Corporación), hemos de entender que la decisión de acceder o denegar la solicitud de incorporación al Colegio Profesional es encuadrable en el concepto de ejercicio de función pública no sólo cuando se presenta al objeto de poder ejercer la profesión regulada sino también cuando se hace para incorporarse como no ejerciente. Es una decisión reglada, a adoptar previo procedimiento (por simple que pueda resultar), precisada de motivación, previa calificación de legalidad por parte del órgano con atribución del Colegio profesional y dotada de presunción iuris tantum de legalidad.”

IV. El ejercicio por los colegios profesionales de funciones propias de la Administración a la luz de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Trascendiendo ya del caso concreto de Sueca, entiendo que, junto con las razones formales aducidas, existen también otras, de naturaleza sustantiva, que avalarían la tesis del carácter de potestad pública que tiene la decisión de un colegio profesional, concretamente de un colegio de abogados, en torno a la incorporación o no de un colegiado no ejerciente. Para ello, se hace preciso partir de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo relativo a la atribución a los colegios profesionales del ejercicio de funciones propias de la Administración.

Partiendo del reconocimiento constitucional que a los colegios profesionales hace el artículo 36 CE al disponer que “*La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos*”, la STC 194/1998, FJ 4º declara que “*la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser considerados por este Tribunal.*”

En relación con dicha sentencia, declara por su parte el Tribunal Supremo en la STS n.º 1216/ 2018, de 16 de julio, lo siguiente: “*Se desprende de ello que el establecimiento por el legislador de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión conforme al art.*

3.2 de la Ley 2/74 , responde a una valoración y se justifica por un interés público de que su ejercicio se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, para cuya efectividad se atribuyen al colegio las funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran o, como señala el art. 5 de dicha Ley de Colegios Profesionales : «cuantas funciones redunden en beneficio de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados» (5.a) y «ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial»(5.i) y «adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional»(5.l).”

Por su parte, la STC 3/2013, de 17 de enero, FJ 6º declara que *“La institución colegial está basada en la encomienda de funciones públicas sobre la profesión a los profesionales, pues tal y como señala el artículo 1.3 de la Ley 2/1974 de Colegios Profesionales, son sus fines la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación institucional exclusiva cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa.”*

Y, por su parte, de la STC 89/1989, de 11 de mayo, es destacable lo siguiente: *“Los Colegios Profesionales constituyen una típica especie de corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión -que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, por otra parte, ya ha garantizado el propio Estado con la expedición de título habilitante (...). No son por tanto los fines relacionados con los intereses corporativos integrantes del Colegio -fines que como acaba de recordarse, podrían alcanzarse mediante una asociación-, los que justifican la legitimación de la opción del legislador por la colegiación obligatoria, sino esos otros ‘fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.)’”.*

Con base en ello, podría afirmarse, pues, que potestades o funciones públicas de los colegios profesionales serán aquéllas que, de una u otra forma, supongan afectación a intereses generales o, estén encaminadas a la satisfacción o consecución de fines públicos, no suscitando controversia que tienen la cualidad de tales aquellas relativas al establecimiento de normas de deontología y ética profesional, como igualmente y en relación con éstas, aquellas otras encaminadas a garantizar su cumplimiento, esto es, el ejercicio de la potestad disciplinaria.

También lo serían los actos y resoluciones adoptados en el proceso de elección del Decano y de los demás miembros de la Junta de Gobierno del colegio respectivo, precisamente por su incardinación con el requisito constitucional -ex artículo 36 CE- de que su estructura y funcionamiento sean democráticos.

V. Los colegiados no ejercientes como sujetos sometidos a potestades públicas de los colegios profesionales.

Partiendo del anterior presupuesto, los colegiados no ejercientes no son ajenos a las manifestaciones antes reseñadas de ejercicio de potestades públicas, en la medida en que son sujetos sometidos a las normas éticas y de deontología profesional aprobadas por los colegios, al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de éstos, como igualmente, si bien no son sujetos elegibles, sí participan, como electores, en el proceso de elección del Decano y de los integrantes del órgano de gobierno respectivo.

Estas conclusiones pueden obtenerse a la vista de la actual regulación contenida en el vigente Estatuto General de la Abogacía de 2021. Así, en cuanto al primer aspecto, si bien es cierto que las disposiciones relativas a la deontología profesional y a la responsabilidad disciplinaria se encuentran dirigidas expresamente y con carácter general a los “profesionales de la Abogacía” conforme a los los Títulos VII y XI, respectivamente, del Estatuto, y que dicha denominación queda reservada en exclusiva a los colegiados ejercientes⁶, debe tenerse en cuenta que el artículo 61 del Estatuto establece, bajo la rúbrica de “Deontología profesional”, que *“Los profesionales de la Abogacía están obligados a respetar las normas deontológicas de la profesión contenidas en este Estatuto General, en el Código Deontológico de la Abogacía Española, en el Código Deontológico del Consejo de la Abogacía Europea y en cualesquiera otros que le resulten aplicables”*, siendo así que el Código Deontológico de la Abogacía Española⁷, a que se remite este precepto, establece en su artículo 1.2 que *“Las normas deontológicas son aplicables también, en lo pertinente, a quienes sean no ejercientes y a quienes estén inscritos con el título de su país de origen.”*

Asimismo, puede destacarse el artículo 67 del Estatuto⁸, conforme al cual, de entre los fines esenciales de los Colegios de la Abogacía se encuentra -en su letra d)- *“el control deontológico y la aplicación del régimen disciplinario en garantía de los derechos de los ciudadanos y de los profesionales,”* sin hacer distinción al respecto entre colegiados ejercientes y no ejercientes.

⁶ En este sentido, el artículo 4 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, establece que “1. Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral. 2. Corresponde en exclusiva la denominación de abogada y abogado a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes.”

⁷ Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 6 de marzo de 2019.

⁸ Artículo ubicado dentro del Título IX relativo a la “Organización colegial de la Abogacía”.

Análogo planteamiento es predicable de la lectura del artículo 68 del Estatuto, referido a las funciones de los Colegios de la Abogacía, disponiendo en su letra h) que les corresponderá *“Ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la formación, la deontología y la dignidad profesionales y por el respeto debido a los derechos de los particulares, así como ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”*, inciso este último de interés pues alude al ejercicio de la facultad disciplinaria no solo en el ámbito profesional sino también colegial, que abarcaría tanto a los colegiados ejercientes como no ejercientes.

Finalmente, en este punto, puede citarse también el artículo 87 del Estatuto, que bajo la rúbrica de *“Obligaciones de los colegiados”*, contempla en su letra a) la obligación de *“Cumplir las normas estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos adoptados por los órganos corporativos.”*

Consecuencia de la transgresión de las normas deontológicas es la facultad de ejercitar las potestades disciplinarias que tienen reconocidas los colegios profesionales. Así, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 219/1989, de 21 de diciembre, las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesiones o sus respectivos consejos superiores u órganos equivalentes, no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario, sino que *“tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.”* El incumplimiento de dichas normas constituye, así, *“el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales.”*

La citada sentencia, ciertamente no reciente pero en mi opinión muy clara e ilustrativa, contiene también un pronunciamiento de gran interés a los efectos de la cuestión objeto del presente artículo y es el relativo a la importancia que tiene el hecho de la colegiación en sí como acto determinante de la asunción por el futuro colegiado de los deberes derivados de su relación especial con la institución colegial y como elemento tomado en consideración por el Tribunal Constitucional en su interpretación de que la necesidad de reserva de Ley para la tipificación de las infracciones administrativas que consagra el artículo 25 de la Constitución puede entenderse matizada cuando se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria por los Colegios Profesionales, afirmando así que *“Frente a la manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve la circunstancia de que las Normas Deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las Normas Deontológicas*

no hayan sido objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados.»

Pero volviendo al análisis de la sujeción de los colegiados no ejercientes a la potestad disciplinaria de los colegios de abogados, de nuevo el régimen contenido en este punto en el Estatuto General está dirigido primariamente a los abogados ejercientes. Así, el Título XI en el que se regula esta materia alude al “*Régimen de responsabilidad de los profesionales de la Abogacía y de las sociedades profesionales*”- y ya hemos dicho que el término “*profesional de la Abogacía*” queda reservado exclusivamente a los abogados ejercientes conforme al artículo 4 del Estatuto; no obstante, en este caso es el propio Estatuto el que prevé expresamente la aplicabilidad de sus disposiciones a los colegiados no ejercientes a través del artículo 140 del mismo que opera como clausula de traslación a éstos del régimen disciplinario propio de los ejercientes -en lo que les fuere de aplicación, ello sí-, disponiendo en este sentido que “*Los colegiados no ejercientes quedan sometidos a las previsiones del presente Título en todo aquello que les sea de aplicación en relación con su actuación colegial.*”

La sujeción al derecho administrativo tanto del propio procedimiento en que se ejercita dicha potestad disciplinaria como del resultado de la misma, esto es, la eventual imposición de la sanción correspondiente, es clara, y en este sentido, el artículo 133 del Estatuto establece en su apartado 4º que el procedimiento sancionador “*se tramitará de conformidad con lo establecido en la legislación administrativa básica y normas que la desarrollen, así como en lo dispuesto por la normativa autonómica y corporativa,*” disponiendo, por su parte, el artículo 134.1 que “*Las sanciones disciplinarias serán ejecutivas una vez que sean firmes en vía administrativa.*”

Finalmente, como decía, no puede obviarse la sujeción a derecho administrativo también de los actos y resoluciones que pudieren adoptarse en el transcurso o como resultado de los procesos electorales a celebrar en el seno de los colegios profesionales, y la participación que en dichos procesos pueden tener los colegiados no ejercientes.

Ciñéndonos de nuevo al régimen propio de los colegios de abogados, el Estatuto General de la Abogacía prevé la participación como electores en el proceso de elección del Decano y demás miembros de la Junta de Gobierno tanto de los ejercientes como de los no ejercientes -los primeros, además, como elegibles-, aunque teniendo distinto valor el voto de unos y de otros, estableciendo así el artículo 79 en su apartado 1º que “*En ausencia de normativa autonómica y en defecto de previsión específica en los estatutos particulares de cada Colegio, el Decano y los demás cargos de la Junta de Gobierno serán elegidos en votación directa y secreta, en la que podrán participar como electores todos los colegiados incorporados con más de tres meses de antelación a la fecha de convocatoria de las elecciones*”, y disponiendo,

por su parte, el apartado 4º que *“En las elecciones, el voto de los colegiados ejercientes tendrá doble valor que el de los demás colegiados, proclamándose electos para cada cargo a los candidatos que obtengan la mayoría. En caso de empate se entenderá elegido el que más votos hubiere obtenido de entre los ejercientes; de persistir este, el de mayor tiempo de ejercicio en el propio Colegio; y si aún se mantuviera el empate, el de mayor edad.”*

Por lo demás, aun cuando el presente artículo se ha enfocado en la regulación referida a los colegios de abogados, debe destacarse que la figura de los colegiados no ejercientes no es exclusiva de aquéllos, sino que también se encuentra presente en los respectivos Estatutos Generales de otras profesiones colegiadas. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, puede citarse el caso de los procuradores⁹, graduados sociales¹⁰, registradores de la propiedad y mercantiles¹¹, secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local¹², enfermeros¹³, veterinarios¹⁴, psicólogos¹⁵, odontólogos y estomatólogos¹⁶, entre otros.

VI. Conclusiones.

Todo lo anteriormente razonado viene a avalar, a mi juicio, la tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el caso concreto enjuiciado, y en lo general a justificar la trascendencia que directa o indirectamente tiene sobre los intereses públicos tutelados por los colegios de abogados la decisión de incorporar o no a los mismos a los colegiados no ejercientes, poniendo de manifiesto, así, la incoherencia de que la decisión de incorporar a un colegiado ejerciente estuviere sujeta a derecho administrativo y la de un no ejerciente a derecho privado.

Ahora bien, la anterior conclusión no impide que, por otro lado, pueda considerarse que la figura de los no ejercientes no se acomode adecuadamente a la naturaleza y al fin primario de los colegios profesionales:

En primer lugar, porque la colegiación de los no ejercientes, a diferencia de la de los ejercientes, no es obligatoria, lo que colisiona con la naturaleza de entes de base asociativa obligatoria que caracteriza a los colegios profesionales. Es decir, al igual que las restantes corporaciones de derecho público, los colegios profesionales, aun cuando adoptan una forma

9 Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

10 Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

11 Real Decreto 483/1997, de 14 de abril, por el que se aprueban los Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

12 Real Decreto 353/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

13 Real Decreto 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, del Consejo General y de Ordenación de la actividad profesional de enfermería.

14 Real Decreto 126/2013, de 22 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española.

15 Real Decreto 481/1999, de 18 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos Generales del Colegio Oficial de Psicólogos.

16 Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General.

de personificación jurídico-pública, su sustrato es de carácter asociativo privado. Pero no toda asociación puede constituir una corporación de derecho público, sino que éstas se caracterizan por ser asociaciones obligatorias, esto es, por la obligatoriedad de su pertenencia. Es por ello que el ejercicio de potestades propiamente administrativas por parte de este tipo de entes se basa en un presupuesto: la pertenencia obligada a los mismos de aquellos sujetos en que se den las circunstancias o condiciones -profesionales en el caso de los colegios- que constituyen, precisamente, la razón de ser del ente corporativo en sí y de su propia existencia.

En segundo lugar, por un aspecto -entiendo que- más fácilmente perceptible, y es el hecho de que los no ejercientes, como resulta lógico, no están llamados a ejercer -ni pueden hacerlo- la profesión cuya ordenación constituye el fin básico del colegio profesional.

En definitiva, los singulares caracteres de los colegios profesionales y en general de las corporaciones de derecho público, lleva a concluir, parafraseando a SANTAMARIA PASTOR¹⁷, que la discusión acerca de su régimen y naturaleza carece de sentido realizarla respecto de la totalidad del ente en sí, sino que ha de realizarse “*a nivel de molécula, esto es, punto por punto, aspecto por aspecto, operación por operación*” tal y como se ha procurado realizar en el presente artículo en el concreto aspecto de la incorporación a los colegios profesionales de la figura de los colegiados no ejercientes y la trascendencia pública o privada de dicha decisión.

17 J. A. Santamaria Pastor, Principios de Derecho Administrativo General I, Iustel Publicaciones Portal Derecho S.A., 2018.