

QDL51

**Ponencias,
crónicas
y notas**

Doctrina jurisprudencial sobre mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas: su relación directa con los derechos de libertad de expresión y acceso a los cargos públicos¹

SANTIAGO MILANS DEL BOSCH

Abogado. Magistrado en excedencia

1. **Introducción: la intervención de los miembros de la corporación en el pleno**
2. **Las mociones municipales**
3. **Las mociones “políticas” y su control jurisdiccional**
4. **Participación y acceso a cargos públicos**

Resumen

Las mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas son diversas formas de intervención en los plenos por parte de sus miembros que, más allá de su concepción normativa, según regula el artículo 97 del ROF, tienen un importante significado participativo en el debate, control de los demás órganos de la corporación y adopción de acuerdos resolutivos. Las llamadas “mociones políticas” son propuestas dirigidas a obtener la aprobación de declaraciones institucionales o manifestaciones análogas relacionadas con materias que exceden de las puras competencias municipales y que, por tanto, no suponen ejercicio de ninguna potestad administrativa. El control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex* artículo 106 CE, de las mociones políticas, dependerá de su naturaleza y de la posible proyección de las consecuencias jurídicas y/o del revestimiento de la fuerza

Artículo recibido el 16/10/2019; aceptado el 05/01/2020.

1. El presente texto trae causa de la ponencia presentada el 26 de abril de 2019 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2019, organizado por la Diputación de Barcelona.

vinculante de las mismas para terceros. En este trabajo se analiza todo lo anterior a la luz de los derechos fundamentales de libertad de expresión y participación pública, y de la jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Palabras clave: *acuerdos municipales; libertad de expresión; participación cargos públicos; orden del día; moción; propuestas; control y fiscalización de los órganos de gobierno; ruegos y preguntas; mociones políticas; acto político.*

Case law on motions, interpellations, requests and questions: its direct relationship with the rights of freedom of expression and access to public office

Abstract

The motions, interpellations, requests and questions are various forms of intervention in plenary sessions that, beyond their normative conception, as regulated by article 97 of Royal Decree 2568/1986, of 28 November, have an important participatory meaning in the debate and control of the municipal corporation. The so-called “political motions” are proposals aimed at obtaining the approval of institutional declarations or similar manifestations related to matters that exceed the pure municipal powers and, therefore, do not imply the exercise of any administrative power. The control by the contentious-administrative jurisdiction, ex Article 106 of the Spanish Constitution, of the political motions will depend on their nature and the possible projection of the legal consequences and/or the lining of the binding force of the same for third parties. This article analyzes all the above forms of intervention in the light of the fundamental rights of freedom of expression and public participation, and of the case law of the Spanish Supreme Court and the Superior Court of Justice of Catalonia.

Keywords: municipal agreements; freedom of expression; public office participation; order of the day; motion; proposals; control and supervision of the governing bodies; requests and questions; political motions; political acts.

1

Introducción: la intervención de los miembros de la corporación en el pleno

En el presente trabajo vamos a referirnos a pronunciamientos de la jurisprudencia que afectan, en el ámbito de las entidades locales, a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al acceso y participación en los cargos públicos, con motivo de las actuaciones de los miembros de las corporaciones locales a través de las mociones, interpelaciones, ruegos y preguntas.

El trabajo –y la exposición– es exclusivamente jurídico, y tendrá como soporte la referida doctrina jurisprudencial, con especial mención a la del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y tribunales superiores de justicia (muy en particular el de Cataluña).

Para referirnos a la relación de ambos derechos fundamentales con las manifestaciones o declaraciones recogidas en las mociones, las interpelaciones y los ruegos y preguntas producidas o llevadas a cabo en el seno de los plenos municipales, es conveniente recordar, primeramente, la distinción de cada una de estas formas de intervención en los plenos por parte de los miembros del consistorio, que no siempre se utilizan con el rigor exigible, al menos desde el punto de vista normativo. En cualquier caso, no podemos obviar que el término moción alcanza hoy un significado más amplio que el que recoge el artículo 97 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (en adelante, ROF), el cual, para definir el carácter de las intervenciones de los miembros de la corporación, utilizará la siguiente terminología:

1. *Dictamen*, es la propuesta sometida al pleno tras el estudio del expediente por la comisión informativa. Contiene una parte expositiva y un acuerdo a adoptar, y puede venir acompañado de un “voto particular”, es decir, de la propuesta de modificación de un dictamen formulada por un miembro que forma parte de la comisión informativa.
2. *Proposición*, es la propuesta que se somete al pleno relativa a un asunto incluido en el orden del día, que acompaña a la convocatoria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.3 ROF, que señala que el alcalde o presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva comisión informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el pleno ratifique su inclusión en el orden del día.

3. *Moción*, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de lo prevenido en el ROF, pudiendo formularse por escrito u oralmente.
4. *Enmienda*, es la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto.
5. *Ruego*, es la formulación de una propuesta de actuación dirigida a algunos de los órganos de gobierno municipal. Los ruegos formulados en el seno del pleno podrán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación. Pueden plantear ruegos todos los miembros de la corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces. Los ruegos podrán ser efectuados oralmente o por escrito y serán debatidos generalmente en la sesión siguiente, sin perjuicio de que lo puedan ser en la misma sesión en que se formulen si el alcalde o presidente lo estima conveniente.
6. *Pregunta*, es cualquier cuestión planteada a los órganos de gobierno en el seno del pleno. Pueden plantear preguntas todos los miembros de la corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces.

De la regulación reseñada en el ROF, que, por cierto, no menciona la “interpelación” como forma de llevar a cabo el debate de cualquier asunto, instando al alcalde y órgano de gobierno municipal, y del resto de la normativa local sobre esta materia, se deduce que la vía normal por la que el pleno ha de conocer sobre los asuntos que le competan será mediante la inclusión de estos en el orden del día, y previo dictamen, informe o sometimiento a consulta de la comisión informativa correspondiente, ya que de este modo se salvaguarda el derecho de los miembros de la corporación a conocer y estudiar previamente dichos asuntos, pudiendo así formarse debidamente su voluntad.

2

Las mociones municipales

Vamos ahora a referirnos en concreto a las mociones.

Según el ROF, la moción, tal y como se ha indicado, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de su artículo 91.4, según el cual, en las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el

portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes del ROF. De los artículos 91 y 97 ROF se infiere que las mociones tienen por objeto posibilitar que se sometan propuestas directamente al pleno, de tal suerte que al orden del día puedan incorporarse expedientes finalizados y dictaminados por la comisión informativa o asuntos de cualquier tipo que tengan como elemento común que no estén incluidos en el orden del día. Ahora bien, el único límite material existente es que el acuerdo que incorporara el asunto que como moción se tramita no tuviera cabida en el apartado de ruegos y preguntas, apartado en el que no cabe adoptar ningún tipo de acuerdo.

A pesar de que el ROF distingue claramente entre moción y otras formas de intervención en el pleno por los miembros de la corporación, como son las proposiciones o dictámenes, en la práctica es común que exista confusión terminológica entre ellas, siendo frecuente que en algunos municipios se utilice la denominación de “moción” cuando así lo es, pero también cuando se trata de “proposiciones” presentadas por los diferentes grupos políticos municipales. Pero ambas formas de intervención no deben identificarse, teniendo cada una de ellas sus propias notas características y distintivas².

Así pues, una cuestión diferenciadora de la moción con respecto a otras propuestas es la señalada por el ROF al indicar que las mociones son propuestas “sometidas directamente al pleno”, entendiéndose por tanto que no se incluyen en el orden del día, mientras que en el caso del dictamen o la proposición estos sí son incluidos en el mismo. Asimismo, debe tenerse en consideración que el dictamen y la proposición se diferencian entre sí según la propuesta haya sido sometida previamente a la correspondiente comisión informativa o no.

Es decir, el alcalde, cuando convoca un pleno, acompaña el orden del día, en el que solamente se pueden incorporar, como criterio general, aquellos asuntos que hayan sido dictaminados por la comisión informativa correspondiente. Pero, al amparo del artículo 82.3 ROF, el alcalde puede incorporar

2. El ROF, junto a la moción, también arbitra otra vía para someter a la consideración directa del pleno asuntos no dictaminados en la correspondiente comisión informativa, cual es la proposición, esto es, la propuesta que se somete al pleno, relativa a un asunto, eso sí, incluido en el orden del día que se acompaña a la convocatoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.3 ROF y que requiere que, previamente a debatir y votar el contenido de la misma, debe ser ratificado respecto a su inclusión en el orden del día. La especialidad de la proposición es que el punto viene incorporado ya en el orden del día de la convocatoria del pleno, pero no se ha sometido previamente a la comisión informativa, lo que supone una excepción al principio general contemplado en el artículo 82.2 ROF que limita la inclusión de asuntos en el orden del día del pleno a aquellos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda.

por razones de urgencia al orden del día un asunto no dictaminado por la comisión informativa correspondiente. En este supuesto, el asunto tendría el nombre técnico de proposición y requiere que previamente el pleno ratifique esa inclusión realizada en el orden del día del pleno, ratificación que no requiere de mayoría absoluta.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), a diferencia del ROF, ha sido objeto de diversas modificaciones desde su aprobación, existiendo en este preceptos que no conectan con la actual regulación de la LRBRL. Así, la Ley 11/1999, de 21 de abril, vino a modificar el artículo 46 LRBRL, añadiendo la letra e) al punto 2, en virtud de la cual: “En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones”.

En base a este precepto, en los plenos ordinarios debe diferenciarse una parte resolutive (aquella que recoge propuestas de acuerdos que tienen eficacia frente a terceros y que pertenecen al actuar administrativo de la corporación) de otra parte dedicada a la función plenaria de control y fiscalización de los órganos de gobierno (no resolutive), articulándose esta última a través de ruegos, preguntas y mociones. Conforme a esto, estas mociones no son las mismas que se regulan en el artículo 97.3 ROF, ya que se trata de mociones planteadas en el ejercicio de control del funcionamiento del equipo de gobierno y no en la parte resolutive de la sesión, por lo que no darían lugar a acuerdos resolutive como tales. Téngase en cuenta que las mociones incorporadas en el ejercicio de la labor de control y fiscalización en muchas ocasiones recogen cuestiones que pueden definirse como *ruegos*, entendiéndose como tales, según el artículo 97.6 ROF, la formulación de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal (indicando además que los ruegos formulados en el seno del pleno podrán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación). Dentro de los ruegos tendrían cabida todas aquellas mociones que tienen por objeto solicitar del equipo de gobierno o del alcalde que realicen algún tipo de actuación.

La función de control y fiscalización de los órganos de gobierno, competencia plenaria por excelencia, es una función que se ha ido reforzando en las diferentes modificaciones de la LRBRL, y viene a completar a las que el ROF tenía recogidas en el artículo 104. Así, los efectos derivados de las determinaciones que se aprueben en el apartado del pleno relativo al control y fiscalización de los órganos de gobierno (art. 46 LRBRL) obviamente no tienen trascendencia administrativa, sino únicamente una trascendencia de

mandato político, de sugerencias y ruegos de formas de actuación, cuyo cumplimiento o incumplimiento por parte del Gobierno generará una situación de mantenimiento o quiebra de la confianza del pleno en el alcalde y en el equipo de gobierno que él nombra, y la pérdida y la recuperación de la confianza están previstas en la legislación a través del mecanismo de la moción de censura y la cuestión de confianza. Actualmente en muchos reglamentos orgánicos municipales de reciente aprobación se distingue entre estas mociones, asignándoles el nombre de mociones de control y que no tienen efectos jurídicos resolutorios y aquellas otras (*ex art. 97 ROF*) que tienen como finalidad incorporar puntos al orden del día, y que por su propia configuración nunca figurarían en el orden del día que acompaña a la convocatoria de la sesión.

Estas mociones persiguen la adopción de un acto administrativo, que nacerá si se obtiene la mayoría requerida para su aprobación. Todo ello con independencia de que el mismo pueda adolecer de algún vicio, dígase de nulidad (art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPACAP–) o anulabilidad (art. 48 de la LPACAP), con las consecuencias previstas en los arts. 106 y ss. de la misma Ley.

3

Las mociones “políticas” y su control jurisdiccional

Es habitual que en el orden del día de las sesiones plenarias que se celebran en los ayuntamientos se incorporen, bajo el título de mociones, asuntos de muy variada índole presentados por los diferentes grupos y que se caracterizan porque no son objeto de tramitación administrativa alguna, debatiéndose, normalmente, a continuación de aquellos otros puntos del orden del día de contenido administrativo que han sido objeto del correspondiente procedimiento administrativo. Algunas de estas mociones tienen por objeto manifestar declaraciones de tipo político en relación con hechos que se producen en el municipio o incluso fuera, algunas manifiestan voluntades del ayuntamiento sobre diferentes políticas municipales, otras tienen por objeto instar al equipo de gobierno o al alcalde a que realice determinadas actuaciones o a que atienda determinadas peticiones, y otras se dirigen a otras Administraciones u organismos públicos y privados para que actúen en el ámbito de sus competencias.

Las coloquialmente llamadas “mociones políticas” son, en realidad, propuestas que, sin tener por objeto realizar determinadas actuaciones administrativas de competencia municipal, ni obedecer a la gestión de asuntos corporativos, se limitan a perseguir la aprobación de manifiestos, declaraciones

institucionales, y otros de carácter análogo. Son mociones que pretenden el posicionamiento del ayuntamiento en relación con problemáticas que, aunque tienen incidencia municipal, exceden de las puras competencias municipales y se realizan en el ejercicio del derecho de petición a otras Administraciones públicas o el derecho de libertad de expresión.

Las mociones políticas, tal y como se han caracterizado, constituyen manifestación de una voluntad política, frecuentemente en asuntos que exceden de las competencias locales por afectar a ámbitos y/o competencias autonómicas, nacionales o internacionales, que encuentran su fundamento en el contenido del derecho constitucional al ejercicio de cargos públicos, en cuanto derecho a expresar una opinión libremente (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 18 de mayo de 1998). Dichas mociones, en tanto que constituyen simples opiniones de carácter político, normalmente no suponen el ejercicio de ninguna potestad administrativa, y carecen de carácter resolutivo.

Las mociones políticas, como ya he dicho, normalmente no suponen actuación administrativa sometida a derecho administrativo, al menos en todas sus partes o extensión. ¿Son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa? La clave está en la naturaleza de estas mociones políticas. ¿Son actos políticos o simples manifestaciones políticas? Los primeros presuponen un contenido jurídico y son productores de efectos materiales; y los segundos carecen de estos efectos, lo que les hace ajenos al control jurisdiccional, por no suponer “actividad administrativa sujeta a derecho administrativo”. Y para ello, es preciso analizar el contenido real de la moción.

Esta cuestión se ha planteado tradicionalmente en cuanto a acuerdos municipales que se limitan a formular una declaración institucional o una manifestación de carácter general. En este sentido, la jurisprudencia ha excluido del control jurisdiccional decisiones como por ejemplo un acuerdo municipal de adhesión a una asociación de electos (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004), también en el caso de resoluciones relacionadas con la concesión de honores y distinciones. En sentido contrario, la jurisprudencia más temprana sometió a control jurisdiccional manifestaciones institucionales como las declaraciones de municipio desnuclearizado (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1988 y de 24 de marzo de 1999).

Como se ha dicho, el parámetro utilizado por nuestra jurisprudencia para delimitar el control jurisdiccional ha sido la eventual naturaleza jurídica del acto. Una cuestión vinculada a su vez a aspectos como la proyección de consecuencias jurídicas por parte de la resolución cuestionada, o que esté revestida de fuerza vinculante para terceros (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004), o que sencillamente tenga efectos prácticos (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2004, antes citada).

Es muy ilustrativa la doctrina jurisprudencial de las dos secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Cataluña, dados sus pronunciamientos respecto a las mociones acordadas por diversas entidades locales dictadas dentro del ámbito del llamado “proceso soberanista”, actuando como órganos de segunda instancia y resolviendo resoluciones del juzgado unipersonal que acordaban, según los casos, la inadmisibilidad del recurso o la estimación/desestimación de las demandas.

La Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a las mociones que acuerdan la “**soberanía fiscal**” de determinados municipios catalanes. Como recoge su sentencia **núm. 1229/2015, de 26 de noviembre de 2015**, referida al acuerdo municipal de **Balenyà** de 26 de marzo de 2013 en el que se manifiesta la voluntad del municipio de ejercer la soberanía fiscal, e ingresar el importe del IRPF y del IVA del Ayuntamiento en la Agencia Tributaria de Cataluña, así como dirigirse a aquellos ciudadanos y empresas que quieran acogerse a dicha práctica, trasladando el acuerdo a la Asociación de Municipios por la Independencia e instando del Gobierno de la Generalidad el inicio de los trabajos necesarios para la creación de una Hacienda propia, de conformidad con otras sentencias dictadas por la misma Sala y Sección (así, las números 213/2014, de 13 de marzo, 485/2014, de 5 de junio, 866/2014, de 4 de noviembre, y 978/2014, de 28 de noviembre), procede acordar la inadmisibilidad de los recursos promovidos frente a dichos acuerdos, por considerar que son ajenos a todo efecto jurídico. Así, en la primera de las sentencias citadas (núm. 1229/2015) se decía:

La Sala comparte el pronunciamiento de inadmisibilidad del auto apelado, pues tanto del texto constitucional como de la LJCA resulta que el control jurisdiccional se refiere a la “legalidad de la actuación administrativa” (art. 106.1 CE), conociendo este orden jurisdiccional de las pretensiones deducidas en relación con la “actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo” (art. 1.1 LJCA).

De esta forma, solo cabe residenciar ante los órganos jurisdiccionales aquellos actos que quepa calificar de jurídicos, esto es, declaraciones de voluntad que tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Por tanto, tratándose de manifestaciones políticas o declaraciones de intenciones, sin existencia en el mundo del derecho y, en todo caso, sin ninguna concreción ni efecto práctico ni jurídico posible, las pretensiones deducidas han de declararse inadmisibles.

Frente a ello, las alegaciones contenidas en el escrito de apelación no pueden, a juicio de la Sala, ser compartidas, pues no estamos ante la invocada doctrina del “acto político”, que presupone un contenido jurídico del acto, dictado en el ejercicio de funciones de dirección po-

lítica o en el ámbito de las relaciones constitucionales con plenitud de efectos jurídicos, esto es, de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

La doctrina jurisprudencial que recoge el escrito de apelación no resulta aplicable al caso enjuiciado, pues aquí no se vislumbra efecto jurídico alguno, ni tampoco comprende ningún compromiso jurídico, ni siquiera con carácter eventual (declaración de un término municipal como zona desnuclearizada) o entorpecedor del ejercicio de competencias ajenas (establecimiento de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

Por fin, la STS de 26 de septiembre de 2006 (casación 1795/2004), que se cita ampliamente en el escrito de apelación, se refiere a acuerdo municipal de concesión de una subvención económica a una entidad o proyecto, actuación de una incuestionable naturaleza jurídica. Dicha STS precisa que “Se hace casi tópico reiterar, como ya se ha destacado en anteriores resoluciones de esta misma Sala sobre la misma materia, que la libertad ideológica de que hayan hecho uso los postulantes del proyecto, ideario o denominación simbólica al que la dotación económica se destina, o la adhesión personal que cualquier ciudadano, sea miembro electo o no de una corporación local, brinde a tales postulados y programas, no es lo que se juzga en este proceso. En nada se pone en duda que las reuniones, asambleas de electos, así como los fines, acuerdos y decisiones por ellas adoptados en el ámbito de lo que se denomina públicamente Udalbiltza, puedan gozar de plena legitimidad democrática y constituyan, ‘una idea perfectamente defendible en un Estado democrático’, pues ello viene inicialmente avalado por principios y derechos fundamentales constitucionales tan de raíz como la libertad o el pluralismo político –artículo 1.1 CE–, la libre creación de estructuras de finalidad política, como partidos, o asociaciones –artículos 6.º y 22.º–, o la libertad ideológica y de expresión de la misma –artículo 16.1 y 20.1.a–). Pero no reside en ello el problema, sino, dicho muy sintéticamente, en suponer que un poder público territorial como el municipio pueda poner sus potestades al servicio de ideas o proyectos políticos legítimos por el solo hecho de que, al margen de toda objetiva y legal decantación de sus competencias y capacidades, los miembros que ostentan la mayoría decidan aplicarlas a tal fin”.

El anterior criterio –ajenidad al derecho administrativo y no susceptibilidad de control jurisdiccional– lo mantiene dicha Sección 1.ª, por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina, y le lleva a estimar el recurso de apelación que había interpuesto el Ayuntamiento contra la sentencia del Juzgado que estimaba el recurso contencioso interpuesto por el Abogado del

Estado, en nombre y representación de la Delegación del Gobierno de Cataluña. Como recuerda el Tribunal, esto no contradice lo que recogía en su sentencia núm. 312/2015, de 19 de marzo, en la que estimaron el recurso de apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cataluña contra el Auto dictado por un juzgado de lo contencioso-administrativo, que inadmitía el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el Ayuntamiento de Vilaplana, al considerar que la resolución de instancia incurría en error al analizar el contenido de los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento, pues en ellos no solo se efectuaban análogos pronunciamientos a los que aquí son objeto de controversia, sino que “también se aprobaban determinadas propuestas económicas y las consiguientes órdenes de pago, de manera que no se estaba ante una simple manifestación política sino que el acto impugnado producía efectos materiales y constituía actividad emanada de las entidades que integran la Administración local y, como tal, susceptible de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)”.

Por su parte, la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña se ha pronunciado con relación a las “declaraciones de municipios libres y soberanos”, que van acompañadas de otros pronunciamientos complementarios o instrumentales, en innumerables ocasiones, a partir de la **sentencia de 17 de marzo de 2017** (dictada en el recurso de apelación n.º 283/14), según la cual:

No se plantea en este recurso que el contenido sustantivo de la moción impugnada y el sentido de las manifestaciones que contiene son objetivamente e indudablemente contrarias al ordenamiento jurídico, específicamente por colisión con los artículos 1.2 y 2 de la Constitución. Esta es una obviedad que no discute la representación municipal. Lo que plantea el Ayuntamiento no es la adecuación sustantiva del acuerdo al ordenamiento, sino su derecho a efectuar las manifestaciones en cuestión y a formular peticiones, sin que estas manifestaciones puedan ser objeto de control jurisdiccional.

Hay que partir de la base que la mera suscripción de un enunciado inconstitucional no es una circunstancia que por sí sola permita una fiscalización judicial. En este sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 42/14. El control jurisdiccional será posible en la medida que el acuerdo desborde el ámbito estrictamente político para proyectar efectos jurídicos.

Así pues, el debate de este proceso queda centrado en la posibilidad de control jurisdiccional del acuerdo impugnado atendido su peculiar perfil.

Ciertamente la resolución que nos ocupa tiene una base genuinamente política. Ahora bien, ello no excluye necesariamente la posibilidad de impugnación judicial. La actual Ley jurisdiccional ha superado la idea del acto político como acto inmune y tan solo excluye parcialmente los actos del Gobierno del Estado y los Gobiernos autonómicos.

El caso es que el artículo 1 de la Ley jurisdiccional determina que el recurso se puede interponer contra la actuación de la Administración pública sometida al derecho administrativo. El problema está precisamente en determinar cuándo un acto se rige por el derecho administrativo, por lo menos en lo que afecta a su contenido sustantivo que es lo que aquí se plantea.

En este contexto la cuestión sobre la libertad de expresión no es determinante en este caso. En efecto, si el resultado de esa libertad es un acto con consecuencias jurídicas, será posible el control jurisdiccional y, una vez abierto el proceso, habrá que estar la legalidad sustantiva de lo manifestado. Si, por el contrario, se trata de una manifestación que se mueve exclusivamente en un plano político o ideológico, sin efectos jurídicos, el control jurisdiccional no será posible, sin necesidad de más consideraciones. Por tanto, la libertad de expresión no es un dato relevante en este caso.

Tampoco es determinante la cuestión sobre la competencia municipal. En un principio hay que admitir la facultad del Ayuntamiento para formular declaraciones institucionales que expresen el sentir mayoritario de la colectividad. Si tales declaraciones se mueven solo en un plano metajurídico, no se puede concluir que excedan de las competencias propias o que afecten a competencias ajenas. Por el contrario, si el acuerdo tiene consecuencias jurídicas, su ilegalidad por colisión con la Constitución y con el ordenamiento jurídico es patente por razón de su contenido y no por motivos competenciales.

Por la misma razón hay que descartar la cuestión sobre el principio de objetividad. Este es un principio predicable de la Administración municipal propiamente dicha, no necesariamente de la acción de gobierno, al menos cuando esta se manifiesta en ámbitos de discrecionalidad. Unos ámbitos en los que el Gobierno municipal responde a la voluntad de la mayoría de acuerdo con el principio democrático. El caso es que, si estamos ante una declaración institucional de contenido meramente político, hay que reconocer al Ayuntamiento un ámbito de discrecionalidad y, por tanto, de subjetividad democrática. Por el contrario, si estamos ante un acto de repercusiones jurídicas, la discrecionalidad queda limitada por el imperativo de respeto a la Ley y al ordenamiento de acuerdo con la declaración general del artículo 103 CE.

Pues bien, con base en la fundamentación de dicha sentencia, la Sección 5.^a de la Sala catalana ha tenido, como se ha dicho, muchas ocasiones de pronunciarse respecto de similares declaraciones municipales, aprobadas por acuerdos plenarios impugnados por la Abogacía del Estado. Básicamente, la cuestión se limita a determinar si la resolución impugnada tiene naturaleza jurídica o conlleva efectos en derecho, atendiendo a la presencia de lo que ha calificado como “elementos judicialmente asequibles” en el acto impugnado o en la legislación a la que este se somete (siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997).

No cabe duda de que en esta materia han pesado mucho las sentencias del Tribunal Constitucional núms. 42/2014 y 259/2015, que no podían ignorarse y que marcan, con efectos vinculantes, los límites legales al respecto.

La primera (**STC núm. 42/2014, de 25 de marzo de 2014**), sobre la “Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña”, de 23 de enero de 2013, que, como es sabido, es la declaración del Parlament concatenada a numerosas declaraciones municipales que se vinieron sucediendo en el año 2012.

Dicha sentencia fija los siguientes parámetros:

- (i) La declaración del Parlament constituye un acto acabado y definitivo, no un mero acto de trámite.
- (ii) Se trata de un acto político adoptado por un poder público, aunque también tiene naturaleza jurídica.
- (iii) Aun así la impugnación solo será viable si, además, la declaración tiene la capacidad de producir efectos jurídicos, aunque sea de forma indiciaria (el Tribunal señala en este sentido que “El simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución, en efecto, no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”).
- (iv) No se puede considerar que se produzcan estos efectos jurídicos respecto a los ciudadanos en general, pues la declaración es en este sentido una mera exhortación a los mismos.
- (v) La declaración tampoco tiene eficacia como acto de impulso de la acción del Gobierno.
- (vi) Ahora bien, considera el Tribunal que la declaración del pueblo de Cataluña como sujeto político y jurídico soberano podría entenderse como un reconocimiento de atribuciones inherentes a la soberanía a quienes hayan de materializar el proceso. Unas atribuciones superiores a las propias de una comunidad autónoma.

En la citada STC 42/2014 se declara la inconstitucionalidad de la resolución 5/X del Parlamento de Cataluña relativa a la *declaración de naturaleza asertiva* como es el acuerdo de iniciar el proceso para hacer efectivo el

ejercicio del derecho a decidir, declaración que no tiene únicamente naturaleza política, pues se traduce en acciones concretas. En este contexto, se declara inconstitucional la declaración en cuanto identifica un sujeto soberano distinto del pueblo español en su conjunto. Una declaración esta que no es susceptible de interpretación conforme al ordenamiento. No obstante, en cuanto al derecho a decidir, se considera que la declaración no excluye necesariamente la canalización de este derecho por vías constitucionales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional recuerda que son legítimas las concepciones que tengan por objetivo la modificación del orden constitucional, pero es necesario que las mismas se canalicen por sistemas que no vulneren los principios democráticos ni la Constitución en su conjunto; esto es, que deben canalizarse por las vías de reforma que prevé la misma Constitución.

Esta doctrina se precisa en la posterior **sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre de 2015**, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015, “sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015”, y su anexo. En dicha sentencia, en relación con la Cámara autonómica, el Tribunal expresa lo siguiente:

(...) no puede erigirse en fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad. Obrando de ese modo, el Parlamento de Cataluña socavaría su propio fundamento constitucional y estatutario (arts. 1 y 2.4 EAC, antes citados), al sustraerse de toda vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, e infringiría las bases del Estado de Derecho y la norma que declara la sujeción de todos a la Constitución (arts. 1.1 y 9.1 CE). Este Tribunal dijo ya en la STC 103/2008 que el respeto a los procedimientos de reforma constitucional es inexcusable, de modo que “tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica” (FJ 4). Esto es lo recogido en realidad en la resolución 1/XI, cuya apariencia de juridicidad –por provenir de un poder sin duda legítimo en origen– debe ser cancelada mediante la declaración de inconstitucionalidad que aquí se decide.

De acuerdo a la expresada doctrina constitucional –SSTC 42/2014 y 259/2015–, la Sección 5.^a considera, en primer lugar, como actos sujetos a control jurisdiccional los acuerdos o aspectos de la decisión municipal formulados materialmente como una resolución jurídica, esto es, los aspectos

que tienen un contenido asertivo e incluyen una declaración formal que se pretende proyectar en el estatus jurídico de las instituciones o las personas, así como aquellos otros aspectos que infringen gravemente el propio fundamento constitucional, estatutario y legal que sustenta la propia autoridad del ayuntamiento, donde se insta a la actuación de otras instituciones para instaurar la independencia por la vía de hecho, al margen de todo procedimiento.

En este último extremo, debe indicarse que, además de las declaraciones de contenido sustantivo, muchas resoluciones impugnadas incluyen, bajo la apariencia formal de una petición, acuerdos de naturaleza instrumental y complementaria respecto del aserto principal –declaración municipal de soberanía–, y que tienen vocación aplicativa en tanto que impulsan la adopción de medidas unilaterales por parte del Parlament de Cataluña con ruptura del orden constitucional, con eficacia diferida al afirmarse la vigencia provisional de la normativa estatal y la exclusiva aplicación de la legislación que emane en lo sucesivo del Parlament. En este sentido, las citadas SSTC 42/2014 y 259/2015 afirman que cuando se pretende alterar los contenidos constitucionales de manera unilateral, y se ignoran de forma deliberada los procedimientos expresamente previstos a tal fin en la Constitución, se abandona la única senda que permite llegar a ese punto, la del derecho.

Por el contrario, si el acuerdo incluye otras peticiones o exhortaciones que no están en el mismo caso, pues se dirigen a las instituciones autonómicas de autogobierno u otras entidades sin instar la utilización de vías de hecho para lograr el objetivo o la aspiración política perseguida, hay que considerar que, ordinariamente, una petición no tiene efectos más allá de la comunicación a su destinatario, que en todo caso no queda vinculado por la misma. Por lo tanto, al no ser susceptible de ningún efecto coercitivo, su perfil no sobrepasa el ámbito político.

En este punto, la STC 42/2014 admitió la inclusión de la referencia al “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”, mediante una interpretación constitucional, en el sentido de que no debe aparecer proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional, con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo” y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”.

Por tanto, las peticiones o exhortaciones que no instan a la adopción de medidas de alteración del orden constitucional pueden encajar en dicho ámbito de la aspiración política, expresada por la mayoría en el acuerdo plenario.

Aplicando las anteriores consideraciones, la Sección 5.^a de la Sala, actuando en segunda instancia, ha estimado los recursos de apelación formulados por la Abogacía del Estado cuando las sentencias de instancia fueron desestimatorias de sus pretensiones de nulidad, al igual que ha desestimado los recursos de apelación de los ayuntamientos demandados contras las sentencias estimatorias de la instancia, fijando pronunciamientos en los que se declara la nulidad de los acuerdos de carácter asertivo manifiestamente contrarios al orden constitucional y a la legalidad vigente (por ejemplo, la declaración del municipio como **territorio catalán libre**, la petición de que el Parlament someta a votación una declaración unilateral de soberanía nacional, la solicitud al Parlament de que declare que Cataluña es un Estado libre e independiente y de que asuma la completa soberanía nacional del territorio del Principado), así como de las peticiones instrumentales de los acuerdos de carácter asertivo reclamando a las instituciones de autogobierno catalanas medidas de ruptura unilateral del orden constitucional, que son peticiones que aparecen como *complementarias* de la declaración municipal de soberanía, en tanto que exteriorizan el apoyo del ayuntamiento a la iniciación del proceso, y su voluntad de asumir y aplicar las normas que emanen del Parlament de Cataluña en una eventual acción unilateral de ruptura del orden constitucional. En definitiva, se trata de medidas que completan el contenido asertivo para llevar a una acción coordinada con la Cámara autonómica y otras instituciones, también por la Administración municipal en el ámbito de sus competencias, en caso de apertura unilateral del denominado proceso soberanista.

En cambio, si en los acuerdos se contuvieran otras peticiones, donde no se insta a la adopción de medidas de ruptura del orden constitucional, estas sí encajarían en ese ámbito de la aspiración política que no es susceptible de control, al no tener capacidad para producir efectos jurídicos, ni tan siquiera de forma indiciaria.

4

Participación y acceso a cargos públicos

Otro tema importante, objeto también de esta exposición, es el referido al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y de acceso a los cargos y desempeño de funciones públicas, reconocido en el artículo 23 CE, que dice:

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

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

A estos efectos, es de señalar que los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del artículo 23 CE encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el artículo 1 CE, y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos. Reflejo como son del Estado democrático, se establece entre ellos tan íntima imbricación, al menos en lo que al derecho de acceso a cargos públicos se refiere, que bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. Por ese motivo, con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el artículo 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo, y al desempeño de las funciones que les son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los reglamentos, pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o la perturbación al representante político de la práctica de su cargo no solo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría vano si no se respetase el primero.

El derecho a participar en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, derechos establecidos en el artículo 23, apartados 1 y 2 de la Constitución, que están a este respecto íntimamente ligados, incluyen el derecho al desempeño de la función o el cargo público de acuerdo con lo previsto en la ley, y, por tanto, el derecho a obtener la información necesaria para el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a los concejales, como representantes democráticamente elegidos de los vecinos del municipio.

Ahora bien, este es un derecho de configuración legal, que ha de actuarse de acuerdo con lo prevenido por la ley, debiendo recordar que ese último precepto consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en las elecciones periódicas por sufragio universal, por no tener información necesaria.

Sobre la configuración del derecho de participación política de los cargos públicos (23.2 CE) –ahora en referencia a los concejales– y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (23.1 CE), es muy ilustrativa la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.^a)** del

Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de mayo de 2018 que recuerda, con cita de otra anterior del mismo órgano judicial, de fecha 2 de mayo de 2018, cuáles son las limitaciones expuestas en las leyes y en los reglamentos que regulan el funcionamiento de los órganos representativos en los que se integran, donde solo una actuación ilegal o antijurídica, que vulnere el núcleo esencial de las funciones representativas del representante público, puede ser considerada como vulneradora de su derecho fundamental a la participación política, así como de los ciudadanos a los que representa a participar en los asuntos públicos.

La antedicha sentencia recayó en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, en base a la vulneración del derecho a la participación en los asuntos públicos; por ello comienza reseñando lo que constituye doctrina constitucional interpretativa sobre dicho derecho fundamental, pues la pretensión planteada solo puede prosperar si se considera que las resoluciones impugnadas lo han conculcado.

Así —y esto es lo que interesa ahora—, a la hora de interpretar el artículo 23 de la Constitución española, en relación con el derecho de participación en los asuntos públicos, se ha de tener en cuenta lo que recoge el FD 2.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2009, de 9 de julio, seguido por las SSTC 36/2014, de 27 de febrero, 107/2016, de 7 de junio, y 27/2018, de 5 de marzo, en cuanto sirve para delimitar el marco de aquel derecho fundamental: “Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), puesto que ‘puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio”.

Es también doctrina del Tribunal Constitucional que el artículo 23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga. En palabras del Tribunal: “‘(...) Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal’, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que ‘una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su

protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (...)”.

Conviene concretar que la faceta del derecho de participación en los asuntos públicos que se protege en el artículo 23 de la Constitución, cuando la reclamación parte de un representante libremente elegido, es la de impedir la perturbación del desempeño del núcleo esencial de su función representativa. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1999, de 22 de marzo, ha declarado que lo esencial es precisar en qué medida la decisión del órgano local o parlamentario “puede afectar al derecho a acceder en condiciones de igualdad a un cargo público, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante sus representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (artículo 23.1 CE). Y de otro lado, se debe analizar también si, de darse tal afectación, esta perturba de tal manera el desempeño por los parlamentarios de las funciones propias de su cargo, que llega a resultar lesiva del artículo 23.2 CE. Con tal motivo, convendrá recordar lo que este Tribunal ha dicho acerca del artículo 23.2 CE en relación, justamente, con el disfrute imperturbable del cargo público y representativo”.

Para aclarar lo anterior, la citada STC 38/1999 continúa argumentando lo siguiente:

Los derechos fundamentales garantizados en los dos apartados del artículo 23 CE encarnan el derecho de participación política en el sistema democrático consagrado por el artículo 1 CE y son la forma esencial de ejercicio de la soberanía por el conjunto de los ciudadanos. Reflejo como son del Estado democrático, se establece entre ellos tan íntima imbricación, al menos en lo que al derecho de acceso a cargos públicos se refiere, que bien puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. Por ese motivo, con el propósito de asegurar la efectiva realización del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, la garantía dispensada en el apartado 2 del artículo 23 al acceso en condiciones de igualdad al cargo público se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes, en los términos que establecen las leyes o, en su caso, los reglamentos parlamentarios pues no en vano se trata de derechos fundamentales de configuración legal, respetando la igualdad de todos en su ejercicio y evitando perturbarlo con obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. La privación o perturbación al representante político de

la práctica de su cargo no solo menoscaba su derecho de acceso, sino simultáneamente el de participar en los asuntos públicos de los ciudadanos, que resultaría hueco si no se respetase el primero. Compete a la ley y, en determinadas materias, a los reglamentos parlamentarios, fijar y ordenar, precisamente, esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas. Una vez creados, quedan integrados en el status propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren los titulares del cargo.

Sin embargo, no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del ius in officium resulta lesivo del derecho fundamental. Solo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o del control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el artículo 23 CE si los propios órganos de las asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad entre representantes. Estas circunstancias imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o facultades que integran el status constitucionalmente relevante del representante político y a motivar las razones de su aplicación, so pena, no solo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (artículo 23.2 CE), sino también, de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

En consecuencia, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el *status* jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa”.

En definitiva, si bien el artículo 23.2 de la Constitución instauro uno de los derechos denominados de configuración legal, “así llamados porque la delimitación de su contenido y perfiles concretos queda encomendada a la

ley”, eso no significa que toda vulneración de la legalidad ordinaria implique una infracción del derecho fundamental, pues solo se conculca aquel derecho fundamental si con ello se perturba el núcleo de la función representativa. Y dentro de dicha función solo la vulneración de las facultades nucleares y permanentes que integran la esencia del cargo constituirá infracción del derecho fundamental, no así la de las atribuciones eventuales o no básicas del cargo representativo, estando entre las primeras las atribuciones de información, control y fiscalización de los órganos de gobierno. Ello se traduce en que no podría reputarse conculcado el derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución si con la decisión del poder público se invocase la vulneración de una norma de legalidad ordinaria que no entrañase la perturbación del núcleo esencial de la función representativa.

Lo que es importante, según recoge la STSJGA que citaba al inicio de este epígrafe, es que el procedimiento especial está basado en los principios de preferencia y sumariedad, siendo preciso para que sea admisible que se produzca la lesión directa del derecho fundamental, y siendo improcedente plantear cuestiones de legalidad ordinaria. Lógicamente, la verificación de si existe o no lesión del derecho fundamental constituirá la cuestión de fondo, bastando para la admisión del recurso, según reiterada jurisprudencia, un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado, pero sin olvidar que el procedimiento previsto en los arts. 114 y ss. de la Ley jurisdiccional tiene por objeto exclusivamente la tutela preferente y sumaria de los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, a los que se refiere su artículo 53.2. Los demás derechos e intereses legítimos, ciertamente, son también objeto de tutela por los tribunales de lo contencioso-administrativo, pero por los cauces del procedimiento ordinario. Si se utiliza este procedimiento es imprescindible ofrecer, ya en el escrito de interposición, además de la invocación de uno de ellos, una mínima explicación sobre su vulneración por la Administración.

También han señalado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que este procedimiento especial no es un proceso de enjuiciamiento abstracto de disposiciones o actuaciones administrativas, sino de tutela concreta de derechos fundamentales, cuyo titular estime que le han sido violados; y tiene por objeto la protección de derechos fundamentales, no frente a lesiones futuras o meramente hipotéticas, sino frente a lesiones actuales. Ha establecido también el Tribunal Supremo que los particulares no tienen un derecho incondicionado y absoluto para disponer del cauce especial sumario y privilegiado del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales con la

sola invocación de un derecho fundamental, ya que los tribunales tienen la potestad de examinar la viabilidad de la pretensión que se plantea por dicho cauce, no solo por la facultad que les corresponde en orden a la apreciación de los presupuestos procesales exigidos, sino también para garantizar la concurrencia de los motivos que posibilitan el uso del citado proceso especial. Esta vía procesal no permite examinar cualquier infracción del ordenamiento jurídico, de forma que se rebasa el ámbito de aplicación del procedimiento cuando, para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado, se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico.

En virtud de lo dispuesto en el art. 23.1 CE los concejales tienen el derecho a ejercitar las facultades que a su cargo corresponden y, entre ellas, la de intervenir en las sesiones plenarias proponiendo, discutiendo y votando acuerdos. En concreto ha hecho tal pronunciamiento en supuestos de negativa expresa o tácita a convocar sesión plenaria.

Para terminar esta exposición voy a referirme a la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2.^a) de fecha 14 de febrero de 2018** que desestima el recurso de apelación contra la sentencia que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes contra la actuación de la Alcaldía del Ayuntamiento de Galapagar consistente en impedir a los concejales recurrentes el debate sobre las enmiendas y la urgencia de las mociones presentadas, en el pleno ordinario celebrado el día 1 de diciembre de 2015, lesionando su derecho constitucional reconocido en el artículo 23 CE. El juzgado, aparte de acordar la nulidad de pleno derecho de las decisiones adoptadas en tal sentido por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Galapagar, obligó al alcalde y al secretario a convocar en el plazo de un mes un pleno en el que se debatieran y votaran dichas enmiendas, y se sometieran a debate y votación las mociones presentadas por los demandantes y el resto de concejales de la oposición.

El juzgador *a quo*, respecto a las enmiendas presentadas, consideró acertadamente infringido el art. 90 del Reglamento Orgánico Municipal (en adelante ROM), pues no puede considerarse que aquellas fuesen enmiendas a la totalidad y que por ello, conforme al propio ROM, pudieran ser previamente vetadas en la Comisión Informativa y no sometidas a deliberación y votación en el Pleno, por lo que la negativa de la Alcaldía a su toma en consideración a efectos de su debate y votación por el Pleno infringió el artículo 23 CE.

Y en cuanto a las mociones de urgencia, con transcripción de lo establecido en el Reglamento propio de organización municipal ROM, la solución es idéntica porque el alcalde carecía de potestad alguna para evitar siquiera su toma en consideración para su debate inicial en el Pleno, a los efectos de

debatir y votar su urgencia, con carácter previo, en su caso, al fondo de la cuestión.

El Ayuntamiento de Galapagar sostiene que hay un error en la apreciación de la prueba en relación con lo realmente acaecido, a saber, que las enmiendas fueron previamente rechazadas en la Comisión Informativa como era procedente al tratarse de enmiendas a la totalidad, y además los concejales no formularon voto particular alguno, no siendo ya necesario someterlas al Pleno de conformidad con el ROM. Y en cuanto a las mociones de urgencia, expone el Ayuntamiento que no se justificó la urgencia de las mociones presentadas, por lo que la actuación municipal se adecuó a derecho.

En lo atinente a la enmienda, el Ayuntamiento apelante pretende amparar su actuación en su consideración como enmienda a la totalidad para así justificar su proceder en este caso. El art. 90 del ROM regula en su apartado 5 las enmiendas a la totalidad del siguiente modo: “La enmienda a la totalidad solo podrá presentarse en las comisiones informativas correspondientes y sometida a votación resultará aprobada (...); de resultar aprobada, supondrá la retirada de la propuesta de acuerdo obrante en el expediente; de resultar rechazada, el dictamen que adoptará la comisión coincidirá con la propuesta de acuerdo presentada, (...)”. Sin embargo, para las enmiendas que no tienen esta condición está prevista su votación en el Pleno, previa incorporación de los informes técnicos precisos.

Pero es lo cierto que, atendida la documentación obrante en las actuaciones, el juzgador *a quo* estimó que la enmienda no lo era a la totalidad, y por tanto, su deliberación y votación en el Pleno no podía omitirse, como de hecho aconteció. La negación de la consideración de la enmienda a la totalidad deriva, de un lado, de que en el escrito correspondiente en ningún momento se indica que así lo sea, como tampoco en el seno de su deliberación en la comisión informativa correspondiente se hizo mención alguna a esa concepción. Pero es que es más, tampoco la actuación de sus suscribientes denotaba su consideración como enmienda a la totalidad, pues el hecho de haberse formulado ante la comisión informativa y no ante el alcalde, que pudiera interpretarse a favor de la tesis sostenida por el Ayuntamiento, no puede considerarse como tal habida cuenta obrar en el expediente administrativo una providencia de la alcaldía sobre el trámite de enmiendas en la cual, tras una serie de consideraciones jurídicas, dispone como primera norma la siguiente: “Las enmiendas deberán presentarse como norma general en las comisiones informativas correspondientes”, en consonancia con el artículo 82.2 ROF, según el cual “En el orden del día solo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda”.

Por tanto, no derivándose de forma evidente ni clara por su contenido que la enmienda en cuestión lo fuese a la totalidad, no expresándose así en su texto ni pudiéndose considerar tal circunstancia de la actuación propia de sus suscribientes, la actuación municipal que vedó su acceso para su deliberación por el Pleno municipal conculcó, como razonó el juzgador *a quo*, el artículo 23 CE.

Tampoco asiste la razón al Ayuntamiento respecto a las mociones de urgencia porque el alcalde no puede atribuirse facultades que no le corresponden, ya que el ROM no regula ningún trámite previo de admisibilidad de la moción en función del cual el alcalde pueda examinar si la moción reúne o no los requisitos pertinentes. La moción de urgencia se somete a la consideración del pleno y es este órgano y no el alcalde el que debe decidir, previa deliberación y votación, si concurren o no causas de urgencia. Pero lo que en modo alguno está previsto es que el alcalde proceda a examinar la viabilidad formal de la moción de urgencia, creando así un trámite previo o una fase de admisión o inadmisión a trámite, por carecer de competencias para ello. Así se desprende igualmente del contenido del artículo 91.4 ROF: “4. En las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del pleno por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas. Si así fuere, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Si el resultado de la votación fuera positivo se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 93 y siguientes de este Reglamento”. Y del artículo 97: “3. Moción, es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del pleno al amparo de lo prevenido en el artículo 91.4 de este Reglamento. Podrá formularse por escrito u oralmente”.

He querido destacar, con las sentencias reseñadas, lo que es jurisprudencia general sobre la afectación y relación con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y participación pública en el ámbito local. Sin duda, un tema de muchos motivos y, en Cataluña, especialmente actual con relación a las mociones políticas, respecto de las cuales falta aún el pronunciamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ante el que penden diversos recursos de casación contra las sentencias del TSJ de Cataluña, algunas de las cuales han sido referidas en esta exposición.