



Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 09 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935548479
FAX: 935549788
EMAIL: contencios9.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320178002299

Procedimiento ordinario 236/2017 -B

Materia: Altres

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 0910000093023617
Pagos por transferencia bancaria: [REDACTED]
Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 09 de Barcelona
Concepto: 0910000093023617

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante:
SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN
BARCELONA
Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO

Parte demandada/Ejecutado: AYUNTAMIENTO DE
TONA

SENTENCIA Nº 13/2019

Barcelona, 23 de enero de 2019

Doña [REDACTED], Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 9 de Barcelona y su Provincia, ha visto los presentes autos de recurso contencioso administrativo referenciados, en los que tiene la condición de recurrente la Subdelegación de Gobierno en Cataluña, representado y asistido por el Abogado del Estado, teniendo la condición de demandado el Ayuntamiento de Tona, representado y asistido por el letrado Don [REDACTED], y en el ejercicio de las facultades que le confieren la Constitución y las Leyes de España, y en nombre de S.M. El Rey, ha dictado la siguiente resolución que se basa en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHOS

PRIMERO.- Por la parte actora, a través de la representación que dejó acreditada en autos, interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo quinto del Pleno de 29 de marzo de 2017 del Ayuntamiento de Tona y contra el Decreto de Alcaldía de 25 de abril de 2015.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente administrativo se entregó al actor y demás partes, que evacuaron los trámites de demanda y contestación por su debido orden





y previos los correspondientes traslados.

TERCERO.- Se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta por las partes que se consideró admisible con el resultado que obra en autos.

Tras presentar ambas partes escritos de conclusiones, quedaron a continuación los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- La cuantía del presente procedimiento fue fijada en indeterminada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- resolución objeto del recurso y alegaciones de las partes.- El objeto del presente procedimiento es el acuerdo quinto del Pleno de 29 de marzo de 2017 del Ayuntamiento de Tona, que acuerda aprobar la declaración institucional para que las vecinas y vecinos del municipio de Tona expresen, mediante consulta popular no refrendaria, su posición respecto de las cinco propuestas de bandera presentadas por la Dirección General de Administración Local. El pronunciamiento que resulte se considerará la expresión mayoritaria de la voluntad popular sin que se establezca un porcentaje mínimo de participación. Disponer de la conformidad con el artículo 10 de la Ley 10/1994, de 26 de septiembre, de consultas Populares no refrendarias y de otras formas de participación ciudadana, se convoque la consulta popular en el plazo máximo de 90 días..

Y el Decreto de Alcaldía de 25 de abril de 2017 acuerda convocar una consulta popular no referenciada de iniciativa institucional en relación a la tria de bandera del municipio entre las cuatro propuestas de b andera propuestas por la Dirección General de la Administración Local. Aprobar las bases reguladoras del proceso a seguir para la consulta popular no refrendaria de iniciativa institucional que consta en el anexo. Publicar las bases reguladoras en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña y en el BOPB.

La publicación del Decreto de 25 de abril de 2017 del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Tona, junto con las bases de la convocatoria, se efectuó en cumplimiento de lo previsto en el punto 3, en el DOGC de 22 de mayo de 2017 y

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	
Codi Segur de Verificació:	Signat per Colorado Soriano, Rocío;
Data i hora 29/01/2019 14:14	





en el BOPB el 25 de mayo de 2017

El hecho controvertido es determinar si los acuerdos impugnados del Ayuntamiento están convocando un referèndum para el cual no tienen competència.

La Subdelegación de Gobierno en Barcelona considera que, pese a la denominación que se le otorga, en atención al contenido de los acuerdos impugnados, se trata de realizar un referèndum.

Por contra el Ayuntamiento considera que se trata de una consulta popular.

SEGUNDO.- Para determinar la diferencia entre referèndum y consulta popular debemos acudir a diversas sentencias del Tribunal Constitucional.

El Fundamento Jurídico 69 de la STC 31/2010 señala los siguiente: *«Sin embargo, hemos dicho en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que “el referéndum es [...] una especie del género ‘consulta popular’ [...] cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado 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 (así, STC 119/1995, de 17 de julio)”» (STC 103/2008, FJ 2.º).*

«Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales “se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos” distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, FJ 2.º) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4.º) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: Signat per Colrado Soriano, Rocio;
Data i hora 28/01/2019 14:14	



evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado. En particular, tampoco del título competencial atribuido por el art. 149.1.18 CE, toda vez que, para el cabal entendimiento del art. 122 EAC, como, por lo demás, para la interpretación de todos los preceptos incluidos en el capítulo II del título IV del Estatuto catalán, es necesario partir de las consideraciones de orden general que, con motivo del enjuiciamiento de los arts. 110, 111 y 112 EAC, hemos desarrollado en los fundamentos jurídicos 59 a 61 y 64 acerca del alcance constitucional que merece la calificación como “exclusivas” de determinadas competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por el legislador estatutario. La exclusividad del art. 122 EAC ha de serlo, por tanto, sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

Conviene añadir, además, que el TC sostiene a renglón seguido de estos párrafos que, si bien el art. 122 EAC resulta constitucional siempre que las consultas a las que se refiere no sean en ningún caso un referéndum, no lo será si a quien se llama a consulta no es al cuerpo electoral por medio del censo ni empleando el sistema «electoral». Aclara también el TC que la salvedad que prevé el art. 122 EAC en relación con el art. 149.1.32 CE no puede «limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación», en la medida en que es una materia reservada a ley orgánica (art. 92.3, en relación con el art. 81 CE en tanto el referéndum es una forma de participación amparada por el art. 23.1 CE).

Estas ideas ya estaban razonadas en la STC 103/2008, con ocasión del recurso interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular con el objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política. Dice esta Sentencia en su FJ 2.º, con reiteración de lo ya dicho en la STC 119/1995:

«El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/API/consultaCSV.html	
Codi Segur de Verificació:	Signat per Colorado Soriano, Rocío;
Data i hora 29/01/2019 14:14	





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: Signat per Colorado Soriano, Rocio;
Data i hora 29/01/2019 14:14	

política, es decir, de aquella participación “que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3.º). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación “del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente”, que lo ha formalizado como “un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos” (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son “formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE—). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4.º), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral».

Y seguidamente viene lo decisivo para el caso catalán, cuándo se está ante un referéndum:

«El referéndum es, por tanto, 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: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultasCSV.html	Codi Segur de Verificació:
	Signat per Colorado Soriano, Rocio;
Data i hora 29/01/2019 14:14	

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 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria».

«En tanto que instrumento de participación directa en los asuntos públicos, el referéndum es, junto con el instituto de la representación política, uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general. Pero conviene destacar que se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política».

«Así, la participación directa del cuerpo electoral en el procedimiento legislativo se restringe al ejercicio de una facultad de iniciativa (art. 87.3 CE) sobre cuya suerte deciden con perfecta autonomía, y ajenas a todo mandato imperativo (art. 67.2 CE), las Cortes Generales, del mismo modo que la manifestación de su voluntad respecto de determinados asuntos de trascendencia política a través del referéndum sólo puede verificarse si media la oportuna autorización del Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE), autorización que, por lo demás, es inexcusable por necesaria para que la voluntad expresada con la consulta sea efectivamente la del cuerpo electoral, órgano que sólo se manifiesta válida y legítimamente a través de un procedimiento con todas las garantías propias de los procesos electorales, entre ellas el concurso del poder judicial del Estado, sea en el ejercicio de la jurisdicción contencioso-electoral, sea con la participación de jueces y magistrados en la composición de las Juntas Electorales. Y dicho concurso sólo es posible, como es connatural a la configuración constitucional del poder judicial y al estatuto de los jueces y magistrados, de acuerdo con la regulación estatal establecida al efecto».

Y dice su FJ 6.º de la sentencia 31/2015:





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html	
Codi Segur de Verificació:	Signal per Colorado Soriano, Rocio;
Data i hora 29/01/2019 14:14	

«Pues, que estamos ante un referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral».

Así pues, otro tipo de consultas no son ejercicio de ese derecho fundamental, ni son aptas para expresar la voluntad general de los ciudadanos.

El TC fija también límites a las consultas no referendarias amparadas por el art. 122 EAC (FJ 6.º y ss.). No podrán versar sobre «cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (con cita expresa de la STC 103/2008), que sólo pueden revisarse a través de los procedimiento de reforma constitucional del título X CE. Tampoco pueden versar sobre cuestiones que desborden «el ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo que es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado» (esta vez la cita literal que entrecomilla el TC es de la STC 31/2010). Y tampoco puede vulnerar la competencia del Estado sobre las bases del régimen de las Administraciones Públicas (lo que, aunque no lo diga la sentencia, se refiere a las consultas de ámbito local previstas en el art. 71 LBRL).

El TC, sentado en el FJ 3.º el suelo sobre el que sustentar su decisión, prosigue identificando en la ley catalana aquellos elementos que permiten en este caso concluir que lo que regula es un llamamiento al cuerpo electoral (aunque lo extienda a los menores de dieciséis años y a los extranjeros empadronados en Cataluña) mediante el uso de los padrones municipales, articulando el proceso consultivo arbitrando procedimientos y órganos similares a los del sistema electoral. Por todo ello el TC concluye que la ley catalana en realidad encubre la regulación de una modalidad de referéndum para lo que carece de competencia infringiendo por ellos los arts. 81, 92 y 149.1.18 y 32 CE. El propio TC advierte que no importa cómo la ley denomine la consulta, porque lo relevante es si posee o no las notas propias de un referéndum, pues *«ni un referéndum dejará de serlo tan sólo porque la norma legal que lo prevea le niegue la condición de tal, ni el derecho ex art. 23.1 CE a la participación directa en los asuntos públi cos perderá*





su fuerza vinculante porque la ley, de nuevo, niegue haber procedido a su regulación o desarrollo» (FJ 7.º).

«En contraposición al referéndum, las consultas no referendarias recaban la opinión de cualquier colectivo (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69), por lo que articulan “voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2.º)». Para el TC, el legislador autonómico puede regular y convocar consultas sectoriales en la medida en que en ellas se hace el «llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral de la colectividad territorial de que se trate».

El TC considera irrelevante que en ese tipo de consultas se amplié el llamamiento a los menores de dieciséis años y a los extranjeros residentes no comunitarios, porque en todo caso este tipo de consultas llaman al cuerpo electoral catalán a pronunciarse y el resultado de su pronunciamiento es imputable a la ciudadanía catalana (FJ 8.º).

El TC tiene especial empeño en que los nombres y denominaciones no confundan el debate constitucional incurriendo en un nominalismo tras el que esconder infracciones constitucionales: «La STC 103/2008, de 11 de septiembre, identificó la noción de referéndum por referencia al cuerpo y al procedimiento electoral, esto es, al censo, a la Administración electoral y a unas “garantías jurisdiccionales específicas” (FJ 2.º). Pero no se colige de ello que la eventual desfiguración legislativa de lo dispuesto en la LOREG impidiera reconocer que una determinada consulta o tipo de consulta tuviera, conforme a su naturaleza intrínseca, la condición efectiva de referéndum, por irregular que su ordenación legal pudiera ser. La acomodación a la legislación electoral general es condición, como la propia sentencia dijo, de que la voluntad del cuerpo electoral pudiera estimarse “válida y legítimamente” manifestada (FJ 2.º). Pero dicha acomodación no puede ser, sin contradicción con el sentido del art. 149.1.32 CE, condición para la identificación de una consulta como referendaria» (FJ 8.º).

De la lectura de las sentencias antes referidas, puede llegarse a la conclusión de que el TC considera que una consulta es referéndum cuando a quien se llama es el «pueblo» en su manifestación como cuerpo electoral, para expresar la «voluntad general» de ese pueblo y el sistema que articula el proceso de expresión de esa

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://eicajusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: Signat per Colorado Soriano, Rocío,
Data i hora 29/01/2019 14:14	





voluntad es el electoral o similar.

En el presente supuesto, en atención al acuerdo impugnado, debe considerarse que:

- Realiza un llamamiento general al conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho a sufragio activo en el municipio de Tona. Como se ha expuesto anteriormente, la inclusión de los menores de edad, mayores de 16 años, no es un elemento exclusivo de este llamamiento general.
- La oposición de los ciudadanos que participen se ejerce a través del derecho a voto, a través de unas papeletas que facilitará el Ayuntamiento .
- Se constituirán mesas de consultas y designación de miembros.

Es decir, pese a la denominación que le otorga el Ayuntamiento, del contenido de la consulta debe considerarse que es un referéndum sobre una materia de competencia local, por tanto le es aplicable las previsiones establecidas en el artículo 71 de la Ley 7/1985.

El Ayuntamiento de Tona debió comunicar al gobierno autonómico la solicitud de autorización de consulta popular, para que éste se lo remitiera a al gobierno estatal a los efectos de que le autorizase el referéndum.

Es decir, el Ayuntamiento ha prescindido de la autorización previa del Estado para realizar la consultata, por lo que el acuerdo impugnado es nulo.

ÚLTIMO.- costas.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no procede la condena en costas.

FALLO

En atención a lo expuesto, he decidido: DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado en Cataluña contra el acuerdo quinto del Pleno de 29 de marzo de 2017 del Ayuntamiento de Tona y contra el Decreto de Alcaldía de 25 de abril de 2017. QUE DEBO DECLARAR NULO los acuerdos impugnados por vulneración de las normas del procedimiento, Sin condena en costas





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/JAP/consultaCSV.html	
Data i hora 29/01/2019 14:14	
Codi Segur de Verificació:	Signat per Colorado Soriano, Rocio,

Notificada y ejecutoriada que sea la resolución, comuníquese a la Administración demandada para su cumplimiento, con devolución del expediente administrativo.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a la causa, quedando el original en el libro de resoluciones definitivas de este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada en el día de su fecha por el Sr. Magistrado que la suscribe, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

