

INFORME EN RELACIÓN CON LA CONSULTA REFERIDA AL FUTURO DE LA PLAZA CARDENAL ORBE, DE LA VILLA DE ERMUA, EN CUANTO A LA INSTALACIÓN DE UNA CARPA QUE PERMITA LA CELEBRACIÓN DE ELENOS CULTURALES A CUBIERTO. LA CONSULTA VERSA, EXPRESAMENTE, SOBRE EL TIPO DE COBERTURA (*fija o desmontable y sus dimensiones*).

Como se ha enunciado ya, se nos traslada desde el Ayuntamiento de la Villa de Ermua la necesidad de analizar jurídicamente la legalidad, o no, de dicha consulta en el marco de la legislación vigente de general y concordante aplicación.

Análisis que realizaremos al amparo de los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO:

1º.- Entre el 22 y el 26 de octubre, de lunes a viernes, el Ayuntamiento de Ermua convocó una consulta respecto, como se ha indicado ya, sobre el tipo de cobertura (*fija o desmontable, y sus dimensiones*) a ubicar en la Citada Plaza Cardenal Orbe de la villa de Ermua.

La consulta fue convocada por la Corporación tanto por medios telemáticos, Web municipal, como por correo adjuntando, en ambos casos, un tríptico sobre los pros y contras de la terna de soluciones que se proponen para la cobertura de dicha plaza (*fija o desmontable, y sus dimensiones*).

Dicha convocatoria fue dirigida a toda la ciudadanía de Ermua mayor de 16 años, previa presentación de su DNI.

Se convocaron 10 sesiones de votación, mañana y tarde, en diferentes puntos de la Villa en horarios de 10 a 13 horas y de 17:30 a 19:30 horas. Asimismo, en dichas ubicaciones, se instaló una exposición al respecto con toda la documentación de cada una de las soluciones propuestas.

Asimismo, en cada una de dichas sesiones se encontraban presentes miembros de la Corporación y, en general, los miembros del Pleno Municipal que desearon participar; por cuanto las convocatorias eran totalmente abiertas. Asimismo, todas y cada una de dichas convocatorias contó con técnicos municipales competentes sobre la citada materia, de naturaleza y disciplina urbanística, que asimismo pudieron ser consultados al respecto.

2º.- Durante la celebración de dichas sesiones, diversos Grupos Municipales han publicado, por diversos medios y redes sociales, sus dudas respecto de la legalidad de dicho proceso y también sobre su oportunidad.

Así, en concreto, el Grupo Municipal de EHBILDU plantea su ilegalidad sobre la base de que la convocada en Ermua, sobre la citada cobertura, no se encuentra entre las prescritas por el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (*en adelante, LBRL*) y, por su parte, se realiza el mismo reproche en base a las prescripciones de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (*en adelante, Ley Municipal Vasca*), en concreto respecto de sus arts. 77 y 80 a 82.

En ambos casos, no obstante, las críticas respecto de su legalidad se basan en la falta de existencia de una ordenanza local al efecto, dado lo anterior en no haberse sometido al Pleno Municipal y en la insuficiencia de medios, horarios y garantías para tal consulta.

En el mismo sentido, el Grupo Municipal de IRABAZI.

3º.- Conviene fijar no obstante; al objeto de juzgar adecuadamente los hechos, fundamentos y pretensiones del presente informe, los antecedentes de la citada consulta convocada, entre el 22 y el 26 de octubre, por el Ayuntamiento de Ermua respecto al tipo de cobertura (*fija o desmontable, y sus dimensiones*) a ubicar en la Citada Plaza Cardenal Orbe de la villa de Ermua.

En tal sentido, conviene recordar que el proyecto de cubrimiento de la Plaza surge en el seno de las sesiones de los Órganos de Gobierno Municipal y que, a instancia de algunos Grupos Municipales, se incluyó en el proyecto de presupuestos 2018 una partida económica para cubrir dicha necesidad. Hay que recalcar, por todo ello, que los presupuestos son aprobados en Pleno y que, por tanto, quedó legalmente aprobada esa asignación y partida económica.

Por tanto, la decisión de cubrir la plaza está tomada por los Órganos Municipales competentes. Por lo que, lo que se hace a continuación es abrir a la ciudadanía la posibilidad de opinar sobre el proyecto concreto de cubrimiento y, en ese sentido, el Equipo de Gobierno mostró su compromiso público de asumir la opinión mayoritaria de la ciudadanía.

La situación habría sido diferente, desde todo punto de vista, si se requiriera de una dotación económica no prevista presupuestariamente, o fuera un tema novedoso que no ha tenido posibilidad de ser madurado y debatido en los citados Órganos Municipales competentes. No podemos olvidar, tampoco, que el asunto ha sido informando puntualmente en las Comisiones informativas de asuntos generales, durante todo el proceso: concurso de ideas, contenido de las preguntas a realizar a la ciudadanía, forma de

participación, contenido de los proyectos, los pros y contras de las opciones de carpa fija y móvil,... etc. Por lo que los Grupos Municipales han tenido la oportunidad de aportar sus puntos de vista, opiniones,... etc.

En este sentido, consideramos que el nivel de información sobre todo el proceso ha sido importante desde el principio y se ha realizado, principalmente, través de las sesiones de órganos de gobierno (*disponibles para toda la ciudadanía mediante video-actas*) y las noticias de la Web Municipal. Finalmente, además, los periódicos locales se han hecho eco de la convocatoria del proceso y se ha buzoneado a toda la población la información sobre los días y lugares para la participación.

Existen, además, importantes precedentes al respecto, habiéndose seguido, en este caso, el mismo proceso que se desarrolló en ocasiones anteriores: proceso de participación en relación al cambio de sentido de circulación en Abeletxe, proceso de participación en relación con la poda de árboles en San Pelayo, proceso de participación para ubicar los baños de San Lorenzo,...etc.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1º.- Fijado el relato fáctico de la presente consulta hemos de reparar, en primer lugar, en nuestro primer parecer al respecto. Por cuanto todas las objeciones expuestas, contra la citada consulta, lo han sido sobre la base de la actual legislación municipal.

Principalmente al amparo de que la convocada en Ermua, sobre la citada cobertura, no se encuentra entre las prescritas por el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (*en adelante, LBRL*) y, por su parte, se realiza el mismo reproche en base a las prescripciones de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (*en adelante, Ley Municipal Vasca*), en concreto respecto de sus arts. 77 y 80 a 82.

No obstante lo cual, entendemos que los rigurosos enfoques que se han dado son erróneos y que la consulta es perfectamente legal. Así, como se puede comprobar, en todos los casos los análisis y las quejas se han amparado en las prescripciones de los arts. 69 a 72 de la LBRL y en los concordantes de la Ley Municipal Vasca, en concreto en los arts. 80 a 82 sobre consultas populares. Y que, en ambos casos también, requieren de forma y contenido reguladas y tasadas por los preceptos anotados; bien mediante normas de carácter orgánico o por acuerdo del pleno.

Preceptos que, en ambos casos, positivizan la participación política consagrada por el art. 23.1 CE´78 de forma muy restrictiva frente a la democracia representativa. Sin embargo, es indudable que en Ermua no se produjo esa génesis orgánica en cuanto al proceso de

participación puesto en marcha sobre la instalación de una carpa en la plaza Cardenal Orbe.

Lo que ocurrió, en nuestra opinión, es que dicho proceso de participación, tal y como se hizo, encaja en los derechos consagrados en diversos preceptos constitucionales, bien de forma expresa (*entre otros, arts. 27, 51, 105, 131 de la CE'78*), bien de forma implícita a través de las previsiones del artículo 9.2 de la CE'78.

2º.- Estas otras formas de participación han sido ya analizadas, y perfectamente diferenciadas, por el Tribunal Constitucional desde hace tiempo.

Así, el Tribunal Constitucional no desconoce la cobertura de otras formas de participación en diversos preceptos constitucionales. Entendiendo, según doctrina sentada (*por todas ATC 942/1985, FJ 3 in fine. STC 212/1993, FJ 4. STC 119/1995, FJ 3*), que la consagrada por el artículo 23.1 de la CE'78 es de naturaleza política. Para lo que es necesario, según el alto Tribunal, que *«se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo»*.

Sin embargo, como hemos señalado ya, el Tribunal Constitucional no desconoce la cobertura de otras formas de participación en diversos preceptos constitucionales, bien de forma expresa (*entre otros, arts. 27, 51, 105, 131 de la CE*), bien de forma implícita a través de las previsiones del artículo 9.2 de la CE'78. El principal motivo por el cual estas otras modalidades participativas no tienen cabida en el ámbito de protección del artículo 23.1 de la CE'78 es, según el propio Tribunal, que todas ellas *«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, mientras que en los restantes preceptos a que se ha hecho alusión [...] se da entrada a correctivos particularistas de distinto orden»* (*STC 119/1995, FJ 4 in fine*). Constituyen, en definitiva, una *«mera manifestación del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales»* (*STC 103/2008, FJ 2*).

3º.- Al margen de las consideraciones que podrían suscitar, tanto la anterior calificación como la privación de la naturaleza política a estas 'nuevas' formas de participación directa del ciudadano en la esfera pública, que integran la democracia participativa. Lo cierto es

que su engarce constitucional se justifica desde su entendimiento como un complemento de la democracia representativa. Es decir, como un conjunto de instrumentos al servicio de la misma que, en última instancia, la garantiza y refuerza.

En todo caso, además, las consultas de carácter urbanístico, como la presente, son de naturaleza administrativa y se ciñen exclusivamente al ámbito de las competencias locales. De modo que deben excluirse de la regulación del referéndum que de modo tan restrictivo tratan las leyes municipales citadas; precisamente para evitar su abuso y tergiversación. Y ello, porque las urbanísticas son siempre consultas de naturaleza estrictamente administrativa, basadas en el ejercicio de la potestad administrativa de planeamiento y disciplina urbanística, concretamente vinculadas al procedimiento de aprobación de los planes y reservado a los municipios en su ámbito competencial.

En este sentido, forman parte estrictamente del ámbito competencial municipal, de modo que constituyen una pieza más de la autonomía institucional de los municipios (*ex arts. 137 y 140 CE'78*), como se desprende de la STC 213/1988, de 11 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de emitir, por parte del Estado o las Comunidades Autónomas, únicamente controles de legalidad a través de la actividad municipal y sus normas, los cuales no afectan al núcleo esencial de la garantía constitucional de la autonomía de los municipios, excluyendo de tal modo los controles de oportunidad.

En definitiva, teniendo en cuenta que las consultas de naturaleza administrativa no tienen que seguir la vía del referéndum, y que las urbanísticas versan sobre competencias locales que no se refieren nunca a temas de participación política —*entendiendo por tales todos aquellos relacionados con cuestiones trascendentales para los titulares de la soberanía*—, resulta claro que las consultas urbanísticas no forman parte del subgénero del referéndum.

Desde dicho punto de vista, que viene abalado por la doctrina constitucional expuesta, el proceso de participación puesto en marcha sobre la instalación de una carpa en la Plaza Cardenal Orbe fue perfectamente legal, por cuanto se traslado una información y consulta pública que respeta las previsiones del reiteradamente citado art. 9.2 CE'78 y en todo caso, *prima facie*, las de los arts. 13, 18, 82 y 83 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por cuanto, las Administraciones Públicas pueden establecer otras formas, medios y cauces de participación, información y audiencia de las personas; de conformidad con las potestades de autotutela y organización que consagra el art. 103 CE'78, en relación a la reserva de ley de su art. 105.

4º.- En el mismo sentido, el presente análisis, si tenemos en cuenta el sistema de fuentes que deben regir nuestro ordenamiento jurídico (*ex art. 1 del Código Civil*). En tal sentido, de conformidad con los precedentes señalados en nuestro 3º Antecedente de Hecho, es obvio

que en este proceso se desarrolló el mismo procedimiento de ocasiones anteriores: proceso de participación en relación al cambio de sentido de circulación en Abeletxe, proceso de participación en relación con la poda de árboles en San Pelayo, proceso de participación para ubicar los baños de San Lorenzo,...etc.

Y es evidente, por ello, que si aquellos procesos participativos fueron admitidos por el Pleno Municipal, generando los efectos tasados en ellos mismos, no puede negarse ahora legalidad al recientemente sustanciado para la reiteradamente citada consulta respecto al tipo de cobertura (*fija o desmontable, y sus dimensiones*) a ubicar en la Citada Plaza Cardenal Orbe de la villa de Ermua.

Y ello por cuanto, tal y como prescribe el art. 1.3 del Código Civil, la costumbre regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

En el presente caso, como se ha explicado ya, se trató de una consulta urbanística que, como tal, respetó las prescripciones de los arts. 13, 18, 82 y 83 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas cumpliéndose, con ello, las potestades de autotutela y organización que consagra el art. 103 CE'78 en relación a la reserva de ley de su art. 105. Y, en todo caso, cumplió también con los sistemas y procedimientos empleados en anteriores consultas que, habiéndose admitido y aceptado por el Pleno Municipal, cumplen con los usos y costumbres que en Ermua suplen a la falta de Ordenanzas Municipales al respecto.

No obstante lo cual, ya finalmente, será conveniente aprovechar la experiencia obtenida del proceso de participación puesto en marcha sobre la instalación de una carpa en la Plaza Cardenal Orbe para, ya más concretamente, dar forma y contenido a las ya citadas Ordenanzas Municipales, reguladas y tasadas, al respecto.

Pero insistimos, el proceso de participación puesto en marcha es perfectamente legal pues su amparo es del máximo rango constitucional y no perturba las competencias y potestades de los Órganos Políticos del Ayuntamiento, incluida su capacidad de decisión que queda intacta.

Es cuanto tenemos el placer de informar al respecto que, en todo caso, se somete a superior o mejor criterio. En Ermua, a 5 de noviembre de 2018.

Fdo. D^a Cristina Cebrián Salvador

Abogada Colegiada N^o 7089

Colegio de Abogados de Vizcaya

